GRENZEN UND ZULÄSSIGKEIT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG

Jürgen Gödde

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0015

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

GRENZEN UND ZULÄSSIGKEIT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Jürgen Gödde

aus Dortmund

1966

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Dr. Lukes
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Mestmäcker
Dekan:	Prof. Dr. Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 23. 7. 1966

INHALTSÜBERSICHT

		Seite
Einleitung		1
A.	Vergleichende Werbung und ihre Abgrenzung	4
	I. Die persönliche Werbung	4
	II. Die anlehnende Werbung	4
	III. Die vergleichende Werbung	7
	1) Form der vergleichenden Gegenüberstellung	7
	2) Bezugnahme	8
	3) Begriff	12
	4) Einzelfragen der Bezugnahme	13
	a) Werbung mit Richt- oder Listenpreisen	13
	b) Werbung mit Discountpreisen	18
	c) Werbung mit Warentests	20
B.	Das Verbot der vergleichenden Werbung und seine Ausnahmen	27
	I. Die rechtliche Beurteilung des Werbevergleichs	27
	1) Der Grundsatz des Verbots in der Rechtsprechung	27
	2) Der Meinungsstreit in der Rechtslehre	29
	3) Zulässigkeit nach dem Bundeskartellamt	32
	II. Ausnahmen zum grundsätzlichen Vergleichsverbot	33
	1) Der Abwehrvergleich	34
	2) Der Vergleich auf Verlangen	36
	3) Der notwendige Vergleich	38
	4) Die Alleinstellungswerbung	40
	a) Begriff und Abgrenzung	40
	b) Alleinstellungswerbung als vergleichende Werbung	41
	5) Der Systemvergleich	48
	a) Begründung der Zulässigkeit	49
	b) Voraussetzungen des Systemvergleichs nach der Rechtsprechung	49
	c) Der Systemvergleich - eine Ausnahme zur vergleichenden Werbung	52
C.	Begründung des Verbots der vergleichenden Werbung und Kritik	57
	I. § 1 UWG als Anspruchsgrundlage des Verbots	57
	1) Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs	57
	a) Objektive Voraussetzungen	57
	b) Subjektive Voraussetzungen	58
	2) Handeln im geschäftlichen Verkehr	61
	3) Verstoß gegen die guten Sitten	62

a) Sittenwidrigkeit vom Blickpunkt des Konkurrenten 64
aa) Hellegold-Motiv 64
bb) Behinderungswettbewerb 66
cc) Ausbeutung fremden Rufs 67
b) Sittenwidrigkeit im Verhältnis zur Allgemeinheit 68
aa) Richter in eigener Sache 68
bb) Irreführung der Verbraucher, Ausschluß der Objektivität und Nachprüfbarkeit 70
cc) Konzentrationsfördernde und mittelstandsschädliche Folgen ohne Vergleichsverbot 73
c) Allgemeine Erwägungen zur Begründung der Sittenwidrigkeit 75
aa) Rechtslage in der EWG 75
bb) Auswirkungen auf die Rechtssicherheit 77
d) Zusammenfassung 80
II. § 3 und § 14 UWG als Rechtsgrundlagen 81
III. Verletzung des Namensrechts (§ 12 BGB) 81
IV. §§ 823 ff BGB als Rechtfertigung des Verbots 83
V. Das Vergleichsverbot als Gewohnheitsrecht 86

D. Begründung der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung und Kritik 89
I. Verfassungswidrigkeit des Verbots 89
II. Umkehrschluß aus § 14 UWG 92
III. Handeln gegen die guten Sitten 95
1) Konflikt der Maßstäbe zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit 95
a) Strengerer Sittenbegriff der Allgemeinheit 96
b) Strengerer Sittenbegriff der Gewerbetreibenden 97
aa) Mittelbarer Einfluß des GWB 98
bb) Hinweis auf die Wettbewerbsregeln 100
2) Vereinbarkeit der vergleichenden Werbung mit den Interessen der Allgemeinheit 102
a) Markttransparenz durch vergleichende Werbung 102
b) Vergleichende Werbung und Leistungswettbewerb 107
3) Gute Sitten und Interessenabwägung 111
4) Vergleichende Werbung im wertneutralen Bereich 113
IV. Inkonsequenz der Rechtsprechung im Hinblick auf die Ausnahmetatbestände 115
1) beim Vergleich auf Verlangen 115
2) beim notwendigen Vergleich 117
3) bei der Alleinstellungswerbung 117

V. Gefahren des Verbots der vergleichenden Werbung für die Rechtssicherheit 120
1) Unglaubwürdigkeit des Regel-Ausnahme-Verhältnisses 121
2) Schwierige Abgrenzung der Ausnahmen 122
a) Der Vergleich zur Beseitigung der Verwechslungsgefahr 123
b) Der Vergleich in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses 124
c) Erweiterte Anwendung des Abwehrvergleichs 125
d) Willkürliche Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und technischem Fortschritt 126
e) Abgrenzungsprobleme beim Systemvergleich 128
f) Notwendige Aufklärung des Publikums 131
g) Aufklärung amtlicher oder privater Stellen 131
3) Schwierige Bestimmbarkeit der erkennbaren Bezugnahme 132
VI. Ausblick auf Vorteile eines Wandels der Rechtsprechung 134
1) Vermeidbarkeit einer Gesetzesänderung 134
2) Rechtsvereinheitlichung 135
VII. Zusammenfassung 138

E. Einschränkungen des zulässigen Vergleichs 139
I. Tatsachenvergleich 139
II. Wahrheit des Vergleichs 140
III. Gegenständlichkeit und Sachlichkeit 142
IV. Vollständigkeit 143

Nachwort 146

LITERATURVERZEICHNIS

Stand: August 1966

Alexander-Katz	Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen, NJW 54, 129
Antoni	Die vergleichende Werbung, BB 62, 1171
Arras	Superlativ-Werbung im Wandel der Zeit, NJW 54, 1910
Baumbach	Anm. zum Urteil des RG v. 6.10.31, JW 32, 3339
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar, 8. Aufl., München-Berlin 1960
	Band I Wettbewerbsrecht, 9. Aufl., München-Berlin 1964 ZW: B.-Hefermehl
Becher	Das Recht am Good will, NJW 51,540
Benisch	Zur Rechtspraxis des Bundeskartellamts auf dem Gebiete der Wettbewerbsregeln, Betr 63, 953
Benkendorff	Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, WuW 58, 416
v. Bernstorff	Begriff und Zulässigkeit der alleinstellenden Werbung, WRP 61, 297
Beutel, Walter	Vergleichende Werbung im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, Diss. jur. Heidelberg 1958
Bock, H.	§ 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, BB 58, 957
Bock, H.-D.	Die Grenzen der Superlativreklame, Köln 1963
Bohrer	Freiheit für vergleichende Werbung? MA 56, 345
Bongard	Männer machen Märkte - Mythos und Wirklichkeit der Werbung, Oldenburg-Hamburg 1963
Borck	Bezugnehmende Werbung - Versuch einer Bestandsaufnahme, WRP 61, 1; 70

Borck	Vergleichende Werbung und kein Ende, WRP 62, 249
	Der vergleichende Warentest in der Werbung, WRP 63, 149
	Mutmaßungen über vergleichende Werbung, Warentests und die weitere Entwicklung, WRP 65, 199
Brinkmann	Markttransparenz und vergleichende Werbung, WRP 63, 230; 268; 291
v. Brunn	Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern? WRP 64, 177
Burhenne	Vergleichende Reklame, NJW 51, 249
Bußmann	Die Bezugnahme auf den Mitbewerber in der eigenen Werbung, ZAkDR 35, 841
	Wissenschaftliche Arbeiten und Wissenschaftler im Wettbewerb, WRP 56, 121
	Der Warentest, GR Ausl. 64, 196
Bußmann-Droste	Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Essen 1951
Bußmann-Pietzcker-Kleine	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, begr. von Elster, Berlin 1962
v. Caemmerer	Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für E. Rabel, Band I, S. 333 ff, Tübingen 1954
Callmann	Der unlautere Wettbewerb (Kommentar), Mannheim-Berlin-Leipzig 1929
Culemann	Anm. zum Urteil des RG v. 25.9.36, JW 37, 313
	Anm. zum Urteil des RG v. 3.11.36, JW 37, 689
Cyrus	Die Grenzen der Zulässigkeit einer Alleinstellung, GR 61, 11
Deutsch	Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, JZ 63, 385
Diedrich, Karlheinz	Der notwendige Vergleich und seine Abgrenzung zum Systemvergleich, Diss. jur. Köln 1959
Döll	"Verkaufspreis x % unter Listenpreis" und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 60, 1105

Droste, Helmut	Das Verbot der bezugnehmenden Werbung und die Ausnahmefälle, GR 51, 140
	Wann sind Alleinstellungen unzulässig? GR 53, 16
	Grenzen der Superlativ-Werbung, Betr 54, 736
	Abwehr im Wettbewerb, WuW 54, 507
	Wahrheit und Klarheit in der Werbung, MA 59, 643
Droste, Karl	Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht, Betr 63, 719
	Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb, WRP 64, 65
	Gesetzliche Regelung der vergleichenden Werbung? Betr 64, 503
	Anm. zum Urteil des BGH v. 9.10.63, NJW 64, 818
	Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern? - Eine Erwiderung, WRP 64, 300
	Zum Begriff des "Sittenwidrigen" im Wettbewerb, WRP 65, 35
	Werbung "20 % unter dem empfohlenen Richtpreis", Betr 65, 171
	Probleme der Suggestivwerbung, Betr 66, 1125; 1171
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband I, 15. Aufl., Tübingen 1959
	Halbband II, 15. Aufl., Tübingen 1960
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Band, 15. Bearb., Tübingen 1958
Erichsen	Die Rechtsgrundlage des Einwands der Abwehr im Wettbewerb und die Grenzen seiner Anwendbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, GR 58, 425
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 3. Aufl., Münster 1962
Feldmann	Die "vergleichende Werbung" und § 1 UWG, BB 63, 673

Fikentscher	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München-Berlin 1958
Franzen	Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln, WuW 57, 741
Frey	Zur Alleinstellungswerbung, WRP 62, 65
	"Discounthaus" - "Discountpreis", WRP 63, 221
v. Gamm	Wettbewerbsrecht (Handbuch), Köln-Berlin-München 1964
Giefers	Werbung mit Testergebnissen, WRP 64, 289
Gieseke	Recht zum Unternehmen und Schutz des Unternehmens, GR 50, 298
v. Godin-Hoth	Wettbewerbsrecht (Kommentar), Berlin 1957
Greifelt	Geschäftsbericht auf der Mitgliederversammlung der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. vom 23.11.61, Wettb 62, 1 vom 26.11.63, Wettb 64, 1 vom 2.12.64, Wettb 65, 1 vom 28. 9.65, Wettb 65, 47
	Wirtschaftliche Gesichtspunkte zur vergleichenden Werbung, WRP 62, 143
	Neue Vertriebsmethoden, vergleichende Werbung und Warentestinstitut, Wettb 64, 33
Gutenberg	Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Band: Der Absatz, 4. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1962
Hartmann	Zulässigkeit vergleichender Werbung, NJW 63, 517
Hefermehl	Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, Festschrift für H.C. Nipperdey, S. 283 ff, München-Berlin 1955 ZW: Hefermehl, Festschr.
	Anm. zum Urteil des OLG Düsseldorf v. 9.10.56, NJW 57, 187
	Der Warentest in rechtlicher Sicht, GR 62, 611

Heintz	Feststellung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG, NJW 52, 1005
Helle	Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, Tübingen 1957
	Über öffentliche vergleichende Warentests und die Grenzen ihrer Zulässigkeit, NJW 62, 1177
Herzog	Vergleichende Reklame, Berlin 1932
Heydt	Anm. zum Urteil des BGH v. 15.11.1960, GR 61, 91
Hiersemann	Preisgegenüberstellungen, WRP 62, 112
	"20 % unter dem empfohlenen Richtpreis", WRP 64, 393
Höfer	Stellt die Alleinstellungswerbung einen Fall der vergleichenden Werbung dar? WRP 61, 206
Hubmann	Gewerblicher Rechtsschutz (Lehrbuch), München-Berlin 1962
Hundhausen	Wesen und Formen der Werbung, Teil I: Wirtschaftswerbung, Essen 1963
Illert	Der Preisvergleich mit empfohlenen Endverbraucherpreisen, Köln-Berlin-Bonn-München 1965
Ingelmann	Zur erkennbaren Bezugnahme bei der vergleichenden Werbung, WRP 60, 178
Joetze	Die sogenannte "Superlativreklame" in der Dogmatik des Werberechts, Berlin 1962
Kleemann	Vergleichende Werbung bleibt ein Risiko, Blick durch die Wirtschaft v. 2.2.62, S. 5
Kleine	Anm. zum Urteil des BGH v. 26.10.51, JZ 52, 229
Koehne	Die Zulässigkeit von Abwehrmaßnahmen im Wettbewerbskampf, MuW 32, 66
Koenigs	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GR 58, 589

Koenigs	Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 61, 1041
Kohler	Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie, MuW 16, 127
Kraft	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München-Berlin 1963
Krieger, Albrecht	Ist die vergleichende Werbung zulässig? BB 62, 240
Krieger, Ulrich	Anm. zum Urteil des BGH v. 18.1.63, GR 63, 376
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 5. Aufl., München-Berlin 1962
Lehmann	Anm. zum Urteil des RG v. 11.3.27, JW 27, 2002
Leo	Das Verbot der vergleichenden Werbung, WRP 60, 293
v. Lesigang	Die vergleichende Werbung in Österreich, WRP 62, 191
	Das Verbot der vergleichenden Werbung - Rechtstheoretische und wirtschaftliche Erwägungen, WRP 62, 283
Lobe	Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame, MuW 16, 129
Lukes	Der Kartellvertrag, München-Berlin 1959
	Die Vollstreckungsabwehrklage bei sittenwidrig erschlichenen und ausgenutzten Urteilen, ZZP 72, 99
Lutz	Vortrag auf der Jahresversammlung des Markenverbandes am 15.5.62, MA 62, 494
	Werbung mit dem Wort "Discount", MA 63, 97
	Bundeskartellamt rügt Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung, MA 63, 632
	Vortrag auf der Jahresversammlung des Markenverbandes am 4.6.64, MA 64, 523
März, Stephan	Persönliche und vergleichende Werbung, Diss. jur. Freiburg 1939
Markert	Eine Stellungnahme des Bundeskartellamts zur vergleichenden Werbung, NJW 63, 1525

Martino	Zur Zulässigkeit vergleichender Werbung mit Preisen, MA 64, 129
	Gesetze zum Schutz des Verbrauchers, MA 64, 459
Marzen	Moderne Wirtschaftswerbung und Verbraucheraufklärung, ZfhwF 62, 284
Meinhardt	Vergleichende Werbung in England, AWD 62, 169
Mestmäcker	Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 58, 521
Meyer-Cording	Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechtes, JZ 64, 273; 310
Möhring	Ist das Recht der Werbung reformbedürftig? MA 62, 967
Mohr	Werbung mit Diskontpreisen durch den "herkömmlichen" Einzelhandel, BB 64, 158
Moser von Filseck	Zur Frage der vergleichenden Werbung, GR 63, 182
Muthesius	Was ist, was will, was leistet der Markenverband? - Zum 60jährigen Bestehen -, Frankfurt 1963
Nerreter	Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechtes, Berlin 1936
	Vergleichende Reklame, GR 33, 8
Neugebauer, Jürgen	Die vergleichende Werbung, Diss. jur. Hamburg 1954
Nolting-Hauff	Persönliche Reklame, GR 31, 342
Packard	Die geheimen Verführer, Düsseldorf-Wien 1958
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch (Kurzkommentar), 25. Aufl., München-Berlin 1966
Pinzger	Die neuere Rechtsprechung in Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes, ZAkDR 37, 273
Plaßmann	Anm. zum Urteil des OLG Düsseldorf v. 2.11.62, JZ 63, 372
	Der Werbevergleich mit Preisempfehlungen, NJW 65, 235

Prößdorf	Vergleich der eigenen Verkaufspreise mit den vom Hersteller empfohlenen Endverkaufspreisen, WRP 63, 9
Reichsgerichtsräte-Kommentar	Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band I, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959 ZW: BGB-RGRK
Reimann	Wettbewerb und "gute Sitten", WuW 57, 621
Reimer, Dietrich	Persönliche und vergleichende Werbung in der deutschen und französischen Rechtsprechung, München-Köln-Berlin 1955
	Anm. zum Urteil des BGH v. 14.7.61, GR 62, 50
Reimer, Eduard	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar 3. Aufl., Köln-Berlin 1954 ZW: Reimer, Komm.
Rheinfels	Wettbewerbsregeln nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Betr 57, 813
Rinck	Gute Sitten im Wettbewerb, Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, S. 151 ff, Göttingen 1961 ZW: Rinck, Festschr.
	Wirtschaftsrecht (Lehrbuch), Köln-Berlin-Bonn-München 1963, ZW: Rinck, Lehrb.
	Warenvergleich durch Verbraucherverbände, BB 60, 949
	Die Markttransparenz, BB 62, 105
	Organisation und Auswertung von Warentests, BB 63, 1027
Rosenthal	Wettbewerbsgesetz (Kommentar), 8. Aufl., Berlin 1930
v. Rützen-Kositzkau	Zur "Superlativ-Werbung", NJW 55, 330
	Zur Rechtsprechung auf dem Gebiet der Werbung, WRP 56, 1

v. Rützen-Kositzkau	Fragen um den Vergleich in der Werbung, WRP 56, 61
Runge	Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 61, 1757
Ruth	Anm. zum Urteil des RG v. 20.7.37, JW 37, 2845
Schäfer	Vergleichende Werbung, GR 37, 194
Schäffer	Unlautere Werbung im Gemeinsamen Markt, GR Ausl. 60, 285
Schippel	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München-Köln-Berlin 1956
Schönherr	Die vergleichende Reklame, GR Ausl. 64, 177
Schürholz	Listenpreis und Preissenkung in Prozenten, Betr 59, 1431
Schultz	Werbung mit vergleichenden Warentests, JuS 65, 86
Schwamberger	Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 61, 1185
	Vergleichende Werbung in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses, BB 61, 1222
Seubert	Die zulässige vergleichende Werbung, BB 60, 965
Seyffert	Wirtschaftliche Werbelehre, 4. Aufl., Wiesbaden 1952
Simon	Alleinstellungswerbung und vergleichende Reklame, WuW 56, 48
Sonderland	Die Grenzen der "bezugnehmenden" Werbung, Betr 51, 813
	Bedenkliche Superlativreklame? BB 53, 958
Spengler	Wettbewerb - Recht und Schranken, Stuttgart 1957, ZW: Spengler, Wettbewerb
	20 % unter Listenpreis, MA 58, 795
	Die vergleichende Werbung als Problem des Wettbewerbsrechts, Wettb 60, 75

Spengler	Die wettbewerbsrechtliche Problematik des Warenvergleichs, MA 62, 283
	Alleinstellung in der Werbung, Betr 63, 574
	Europäisches Wettbewerbsrecht - eine Aufgabe für Gesetzgeber und Gerichte, MA 63, 989
	Grundsatzfragen des Preiswettbewerbs in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Betr 65, 21
	Vergleichende Werbung - ein Streitgespräch, WRP 65, 121
Sprüngli	Der unlautere Wettbewerb, Grundzüge des Wettbewerbsrechts in rechtsvergleichender Darstellung, Zürich 1955
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Berlin 1957
Stein	Mittelbare Namensverletzung in Form von vergleichender Reklame, MuW 32, 377
Suhr	Werbung nutzt dem Verbraucher, MA 54, 167
Tetzner	Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Köln 1957
	Systemvergleichende Werbung, NJW 53, 87
	Superlativreklame, JZ 53, 205
	Vom Wert und Unwert des kategorialen Denkens im Wettbewerbsrecht, JR 55, 121
	Superlativwerbung als vergleichende Werbung, NJW 56, 1900
	Vergleichende Werbung, JZ 62, 275
	Die Problematik der Generalklausel des § 1 UWG, NJW 62, 1087
	Preisempfehlung und Werbung, WRP 62, 281
	Der verbraucherorientierte öffentliche Warentest, NJW 65, 725

Troller	Wettbewerbsrecht in europäischer Sicht, Wettb 62, 9
Ulmer	Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932
	Anm. zum Urteil des RG v. 30.6.31, JW 32, 1888
	Das Wettbewerbsrecht im EWG-Raum, Wettb 62, 43
	Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band I: Vergleichende Darstellung München-Köln 1965
Völp	Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb, WuW 56, 31
	Ist das Verbot der vergleichenden Reklame rechtswidrig? WRP 60, 197
	Anm. zum Urteil des BGH v. 15.11.60, BB 61, 113
	Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP 61, 135
	Anm. zum Urteil des BGH v. 14.7.61, NJW 61, 1916
	OLG Bremen erlaubt vergleichende Werbung, WRP 62, 25
	Vergleichende Werbung - erlaubt oder verboten? GR 62, 178
	Vergleichende Warentests, WRP 63, 109
	Vergleichende Werbung - ein Streitgespräch, WRP 65, 125
Vogt	Kundenfang oder Verbraucheraufklärung, MA 65, 820
Weitnauer	Rechtsgrundlagen und Schranken der Zulässigkeit öffentlicher vergleichender Warentests, Betr 63, 55
Wenzel	Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, NJW 62, 81

Wilhelm — Nützt die Werbung dem Verbraucher? MA 64, 407

ZAW-Bericht 62
ZAW-Bericht 64
ZAW-Bericht 65 — Jahresberichte 1962, 1964 und 1965 des Zentralausschusses der Werbewirtschaft e.V.

Marktrisiko und Wirtschaftswerbung — Ansprachen und Vortrage auf der Herbsttagung des Zentralausschusses der Werbewirtschaft in Berlin am 24. und 25.10.1962 und Aufsätze zu aktuellen Fragen der Wirtschaftswerbung, herausgegeben vom Zentralausschuß der Werbewirtschaft, Bad Godesberg 1962

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AWD	= Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BB	= Betriebsberater
BDI	= Bundesverband der Deutschen Industrie
Betr	= Der Betrieb
BKartA	= Bundeskartellamt
Blick d.d. Wirtsch.	= Blick durch die Wirtschaft, herausgegeben von der FAZ
Disk.	= Diskussionsbeitrag auf der Mitgliederversammlung der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. am 3.10.60
"DM"	= Die Deutsche Mark - Erste Zeitschrift mit Warentests
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
GR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GR Ausl.	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Auslands- und Internationaler Teil
HB	= Das Handelsblatt
IHK	= Industrie- und Handelskammer
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
MA	= Der Markenartikel
MuW	= Markenschutz und Wettbewerb
Wettb	= Der Wettbewerb, Mitteilungen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (Sonderbeilage der WRP)
WiuW	= Wirtschaft und Werbung
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht

ZAW	= Zentralausschuß der Werbewirtschaft e. V.
ZAW-Nachr.	= ZAW-Nachrichten, herausgegeben vom Zentralausschuß der Werbewirtschaft e. V.
ZfhwF	= Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß
ZW	= Zitierweise

Die gebräuchlichen Abkürzungen wurden nicht erläutert.

E I N L E I T U N G

Aus dem modernen Wirtschaftsleben ist die Werbung, eine der wirksamsten Antriebskräfte im Wettbewerb, nicht mehr hinwegzudenken. Mit der freien Wirtschaftsordnung ist sie untrennbar verbunden, da sie allein die Wirtschaft dadurch in Gang hält, daß sie Angebot und Nachfrage zusammenführt. Der Werbung wird die Macht zugeschrieben, die Nachfrage zu produzieren. Sie versucht, der Wirtschaft verständlich zu machen, daß der Absatz bisweilen bedeutsamer sein kann als die Produktion. Ihr kann es gelingen, dadurch neue Märkte zu gewinnen, daß sie Wünsche weckt [1]. Aber selbst ein eingeführtes Produkt bedarf der Werbung gleichsam als einer Versicherung, mit der man sich auf dem Markt für die nächste Zukunft vorzusorgen sucht.

Die Werbung als Bindeglied zwischen Produktion und Konsum hat gerade in den letzten Jahrzehnten einen nicht vorhersehbaren Aufschwung genommen, wie die Vergleichszahlen der Werbeaufwendungen verdeutlichen. In der Bundesrepublik Deutschland sind die Brutto-Werbeumsätze der Hauptwerbeträger von 1952 bis 1965 um mehr als das Siebenfache auf 4,18 Milliarden DM gestiegen. Auch in den USA und in Großbritannien, um nur zwei Beispiele zu nennen, ist der Werbeaufwand in dieser Zeit stark angewachsen, wenngleich die Steigerungsrate nur das Zwei- bzw. Dreifache betrug [2]. Nach neuesten Schätzungen beläuft sich unter Berücksichtigung aller Werbemittel der Anteil der Werbeaufwendungen am Volkseinkommen in den USA auf 1,8 %, in Großbritannien auf 1,5 % und in Deutschland auf 1,3 % [3], ein klarer Beweis für die Bedeutung der Werbung, aber auch dafür, daß in Deutschland noch ein Nachholbedarf besteht und daß die Werbeumsätze, vor allem wegen des weiteren Vordringens der Fernsehwerbung, in den nächsten Jahren steigen werden. Diese Entwicklung ist zurückzuführen auf eine zunehmende Industrialisierung und Spezialisierung. Das Angebot ist für den Verbraucher unübersehbar geworden. Die Bedürfnisse sind vielseitiger; die Kleinbetriebe treten gegenüber den Großunternehmen zurück. Zur Überbrückung dieses immer größer werdenden Abstands zwischen Erzeuger und Konsument ist die Werbung unentbehrlich.

Im heutigen Wirtschaftsleben hat aber auch die Bedeutung der Reklame für den Wettbewerb deshalb zugenommen, weil die Werbemittel sich den veränderten Wirtschaftsbedingungen angepaßt haben. Nicht die Werbung in Rundschreiben, Prospekten, Katalogen oder die Kino-, Schaufenster- und Lichtreklame steht im

---

1) vgl. das Buch von W. Bongard "Männer machen Märkte".

2) vgl. ZAW-Bericht 65 S. 30 ff; ZAW-Bericht 62 S. 32 ff; ferner die internationale Zusammenstellung in MA 66, 59.

3) MA 66, 59; ferner ZAW-Bericht 65 S. 29; FAZ v. 8.6.65.

Vordergrund. Die Werbung ist vielmehr zu einem Instrument der Massenmedien geworden. Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften sowie die Rundfunk- und Fernsehwerbung bestimmen das Bild und verbreiten die Werbeaussagen über große Entfernungen hinweg.
Mit dieser stärkeren Ausstrahlung des Werbespruchs werden aber auch die notwendigen Grenzen jeder Werbung in den Vordergrund gerückt. Die Grundlagen der Wirtschaftswerbung werden von den Wirtschaftswissenschaftlern und den Psychologen gelegt, denen Graphiker und Texter zur Seite stehen. Aufgabe des Juristen ist es jedoch, darauf zu achten, daß die Grenzen der Werbung eingehalten werden. Der Jurist steht damit an der Nahtstelle der Werbung. Seine Beurteilung der Werbeaussage kann den besten Einfall zunichte machen. Soll die Werbung überhaupt Vorteile mit sich bringen, muß eine Gewähr für ihre Lauterkeit gegeben werden können. Gerade im Bereich der Werbung erfüllt das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb den Zweck, ein lauteres Verhalten der Mitbewerber untereinander zu bewirken. Aufgabe der Rechtsordnung ist es, unter Wahrung der Interessen aller Beteiligten die Grenzen des lauteren Wettbewerbs aufzuzeigen.

Die Bedeutung des Werberechts ist somit in doppelter Richtung zu sehen. Der Werbende wird bemüht sein, mit seiner Werbeaussage möglichst nahe an die Grenze des Zulässigen zu gelangen, da diese die größte Wirksamkeit verspricht. Der Konkurrent wird bestrebt sein, jede besonders vorteilhafte Werbung des Mitbewerbers dadurch zu unterbinden, daß er auf ihre Unlauterkeit hinweist. Diese beiden entgegengesetzten Ziele sind gerade bei der vergleichenden Werbung deutlich zu verfolgen.
Der zunehmenden Bedeutung der Werbung im modernen Wirtschaftsleben entspricht ein steigendes Interesse der Verbraucherschaft, über das Warenangebot informiert zu werden. Gerade in den letzten Jahren ist in Deutschland dem Warentest eine Aufmerksamkeit entgegengebracht worden, die beweist, daß der Verbraucher eine Orientierung über die verschiedenen Waren wünscht. Die Testzeitschrift "DM" wurde in kurzer Zeit weit bekannt und verbreitet; auch in der Werbung finden sich vielfach Hinweise auf diese Warentests.

Auch der Bundestag trat in zahlreichen Gesetzen für eine Förderung des Schutzes und der Aufklärung der Verbraucher ein. Dieses Ziel wurde nicht nur in den Gesetzen deutlich, die die Klagbefugnis der Verbraucherverbände nach § 13 Abs. 1a UWG sowie die erweiterte Kennzeichnungspflicht vieler Waren begründeten. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, daß im Dezember 1964 ein Warentest-Institut als rechtsfähige Stiftung des Bürgerlichen Rechts beschlossen wurde. Diese "Stiftung Warentest" hat inzwischen ihre Tätigkeit aufgenommen und veröffentlicht seit Anfang 1966 in der Zeitschrift "Test" die Ergebnisse ihrer Waren- und Leistungsprüfungen.

Auf der gleichen Ebene liegen auch die Bestrebungen, den Vergleich in der Werbung durch den Unternehmer zuzulassen. Hierdurch konnten beide vorerwähnten Ziele gefördert werden. Die Grenze der zulässigen Werbung würde verschoben und damit die Werbewirkung verstärkt; zugleich könnte die zulässige vergleichende Werbung aber auch der Aufklärung der Verbraucher dienen.

Die Frage nach den Grenzen und der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung erscheint zunächst angesichts der Vielzahl der gerade in den letzten Jahren veröffentlichten Entscheidungen und Beiträge als eine undankbare Aufgabe. Die vorliegende Untersuchung hat es sich aber gerade zur Aufgabe gesetzt, die von jeder Meinung vorgetragenen Argumente zu ordnen, um in der Fülle der Meinungen die entscheidenden Gesichtspunkte nicht aus den Augen zu verlieren. Die Diskrepanz zwischen dem Bundeskartellamt und dem Bundesgerichtshof, innerhalb der Rechtsprechung und im Schrifttum muß bei dieser bedeutsamen Frage überwunden werden. Der Werbewirtschaft ist unbedingt daran gelegen, ein klares Urteil zu erhalten, inwieweit sie sich in der Werbung auch des Vergleichs bedienen kann, ohne die Grenzen der Lauterkeit zu überschreiten.
Im folgenden soll versucht werden, das Für und Wider des Werbevergleichs unter Berücksichtigung des wirtschaftswissenschaftlichen Hintergrundes der Werbung kritisch zu würdigen und damit zur Lösung des Fragenbereichs beizutragen.

A. VERGLEICHENDE WERBUNG UND IHRE ABGRENZUNG

Vor der Erörterung der Zulässigkeit ist der Begriff der vergleichenden Werbung klarzustellen und von verwandten Begriffen abzugrenzen. Dies ist hier um so mehr erforderlich, als die Ausdrucksweise früher sehr uneinheitlich war. In der Rechtsprechung des RG wurden beispielsweise die Begriffe "persönliche" und "vergleichende Werbung" gleichbedeutend nebeneinander verwendet [1].

I. DIE PERSÖNLICHE WERBUNG

Entgegen der Rechtsprechung des RG muß die vergleichende Werbung deutlich von der persönlichen Werbung unterschieden werden. Anknüpfungspunkt der persönlichen Reklame ist nicht die gewerbliche Leistung des Mitbewerbers; sie knüpft vielmehr an persönliche Eigenschaften, Geschehnisse und Verhältnisse desselben an, z.B. der Hinweis auf die Konzession, Ausländereigenschaft, Vorstrafen oder den bevorstehenden Konkurs.
Die persönliche Werbung ist nach § 1 UWG unzulassig, da diese Werbung nicht sachbezogen ist und somit der Verbraucher unsachlich beeinflußt wird. Vielfach verbirgt sich hinter dieser Werbung der Wunsch, der Verbraucher solle von diesen personlichen Eigenschaften und Verhältnissen auf eine minderwertige Leistung schließen [2]. Die Sittenwidrigkeit der persönlichen Werbung folgt daraus, daß allein die beiderseitigen Leistungen, insbesondere Preis und Qualität, zueinander in Beziehung stehen, daß aber die persönlichen Verhältnisse der Mitbewerber für eine Bewertung der Leistungen unberücksichtigt bleiben müssen [3].

II. DIE ANLEHNENDE WERBUNG

Die vergleichende Werbung ist zum anderen gegenüber der anlehnenden Werbung abzugrenzen. Gemeinsam ist beiden Reklamen, daß sie eine unmittelbare Beziehung zwischen der eigenen und der Ware des Konkurrenten herstellen. Sie unterscheiden sich jedoch durch den vom Wettbewerber verfolgten Zweck. Bei der vergleichenden Werbung will der Mitbewerber gerade auf die Unterschiede der verschiedenen Waren hinweisen. Er erstrebt einen Vergleich, um den höheren Wert der eigenen Leistung besser herausstellen zu können.

---

1) z.B. RG MuW 31,521; RG GR 33,249,251; RG GR 34,752; RG GR 35,57; RG GR 38, 529; ähnlich Herzog aaO S. 9.
2) Borck WRP 61,2.
3) B. Hefermehl § 1 UWG Anm. 22; Reimer, Komm., 78. Kap. Anm. 5 ff; Droste GR 51,141; vgl. auch BGH NJW 66,49.

Die anlehnende Werbung will die Güte der eigenen Leistung durch Gleichsetzung mit der fremden zu beweisen versuchen. Der Mitbewerber deutet auf die Vorzüge beider Waren hin, um den guten Ruf einer bekannten eingeführten Ware sich zunutze zu machen und gleichsam als Vorspann für seine Werbung zu verwenden. Im Gegensatz zur vergleichenden Werbung wird die eigene Ware nicht als vorteilhafter angepriesen. Die Verbraucher sollen vielmehr dadurch beeinflußt werden, daß sie die mit der fremden Leistung verbundenen guten Vorstellungen auf die eigene Leistung übertragen [1].

Im Schrifttum [2] findet sich haufig eine andere Terminologie, die auf Nerreter [3] zurückgeht. Nerreter unterteilt die vergleichende Werbung in die "anlehnende vergleichende" sowie in die "kritische vergleichende Reklame". Die anlehnende Werbung als Unterfall der vergleichenden Werbung anzusehen, erscheint jedoch aus mehreren Gründen wenig empfehlenswert.

Eine anlehnende Werbung liegt nicht nur vor, wenn zwei Waren einander gegenübergestellt werden und auf die Gleichwertigkeit hingewiesen wird, z.B. "meine Ware ist ebenso gut wie die Ware X". Vielfach lehnt der Mitbewerber sich dadurch an ein eingeführtes Erzeugnis an, daß er seine Ware "als Ersatz für X", "hergestellt nach dem System X", "nach Art von X" bezeichnet [4]. Hier kommt es dem Mitbewerber gerade nicht darauf an, den Verbraucher zu einem Vergleich, d.h. zu einem Abwägen der Vorzüge und Nachteile beider Leistungen, anzuregen. Er rechnet vielmehr mit der Trägheit der öffentlichen Meinung, die leicht die vorhandenen Vorstellungen der bekannten Ware mit seiner Ware verknüpfen wird [5]. Er hofft darauf, daß der Kunde die Waren verwechselt, so daß er aus dem guten Ruf des Mitbewerbers Vorteile ziehen kann [6]. Von vergleichender Werbung sollte in diesen Fällen nicht gesprochen werden.

Weist der Mitbewerber ausdrücklich auf die Gleichwertigkeit der eigenen mit der fremden Ware hin, so liegt zwar ein Vergleich vor. In diesem Fall ist die Werbung aber nicht wegen des Vergleichs sittenwidrig, sondern deshalb, weil der

---

1) B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 21, 294; Droste GR 51, 140, 141; BGH GR 57, 23.

2) so z.B. B.-Hefermehl (8. Aufl.) § 1 UWG Anm. 15; Reimer Komm. Kap. 78 Anm. 9; auch BGH GR 57, 23; BGH Betr. 63, 270; Seubert BB 60, 965.

3) GR 33, 11.

4) vgl. aus der Rspr.: Garlock-Ersatz RGZ 86, 125, Aspirin-Substitute RG JW 26, 46; "Kleidung wie nach Maß" OLG Nürnberg BB 64, 904.

5) Nerreter GR 33, 11.

6) der BGH spricht auch bei versteckter Ausnutzung fremden Rufs durch Täuschung des Publikums von anlehnender Werbung, BGH GR 57, 285.

Mitbewerber den guten Ruf, den der Konkurrent sich mühsam erworben hat, für sich ausnutzt.

Der "good will" des eingeführten Unternehmens ist auf eine lange Werbetätigkeit zurückzuführen, die mit vielen Mühen und Kosten verbunden war. Der wirtschaftliche Erfolg tritt erst ein, wenn durch Werbung die Ware beim Kunden bekannt wird und eine gewisse Marktgeltung erlangt hat. Der Erfolg der Werbung, die Aufmerksamkeit auf das neue Erzeugnis gelenkt zu haben, ist daher echte Leistung. Es widerspricht dem Leistungsprinzip, wenn sich der Mitbewerber an diese Werbeleistung anhängen will, um die Kosten der mühevollen Einführung der Ware zu ersparen [1]. Lobe hat dargelegt, daß gegen die guten Sitten verstößt, wer die Arbeitsleistung des Mitbewerbers zur Förderung des eigenen Absatzes ausnutzt; er führt aus: "man darf beim Wettbewerb nicht mit fremdem Kalbe pflügen!" [2]

Die Sittenwidrigkeit der anlehnenden Werbung im Sinne des § 1 UWG liegt deshalb nicht in dem Vergleich, da dieser keine Herabsetzung des Mitbewerbers enthält. Sittenwidrig ist die Ausbeutung des guten Rufes des Konkurrenten, der als Vorspann zur Empfehlung der eigenen Leistung nutzbar gemacht wird [3]. Sittenwidrig ist, daß die anlehnende Werbung häufig zu Verwechslungen führt, die dem Werbenden einen unverdienten Vorteil gewähren. Die Werbung gefährdet das Warenzeichen des Konkurrenten, da sie am Ende dahin führen kann, daß der Verbraucher das Warenzeichen nur noch als Warengattung versteht.
Ist der Vergleich aber gerade nicht das die Sittenwidrigkeit der anlehnenden Werbung begründende Moment, erscheint es nicht gerechtfertigt, sie als Unterfall der vergleichenden Werbung aufzufassen. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung wird die Ausdrucksweise "vergleichende Werbung" allein für die kritisch vergleichende Werbung gebraucht [4]. Der Begriff der anlehnenden Werbung anstelle von anlehnend vergleichender Werbung hat sich immer mehr durchgesetzt [5]. Dieser Sprachgebrauch legt es deshalb nahe, der Aufspaltung der vergleichenden Werbung, wie sie von Nerreter befürwortet wurde, entgegenzutreten und die vergleichende klar von der anlehnenden Werbung zu trennen.

---

1) Bußmann-Droste aaO S. 51.

2) Lobe MuW 16,129.

3) vgl. Brinkmann WRP 63,231 sowie die Einordnung der anlehnenden Werbung bei B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 294; ferner § 3 UWG Anm. 100 als irreführende Herkunftsangabe.

4) z.B. OLG Bremen NJW 62,304; Schwamberger NJW 61,1185; Wenzel NJW 62,81; Brinkmann WRP 63,231.

5) vgl. BGH GR 58,344; v. Godin-Hoth Anm. 30 § 1 UWG; Tetzner Anm. 68 zu § 1 UWG; Bußmann-Pietzcker-Kleine aaO S. 50; Droste GR 51,140; Sonderland Betr. 51,813; D. Reimer aaO S. 8 ff; Völp WRP 60,197; Rinck BB 62,105; seit 9. Aufl. auch B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 20.

III. DIE VERGLEICHENDE WERBUNG

Aus dieser Abgrenzung zur persönlichen wie zur anlehnenden Werbung ergibt sich, daß die vergleichende Werbung auf die gewerbliche Leistung des Konkurrenten bezogen ist. Der Mitbewerber vergleicht hier sein Erzeugnis mit den Konkurrenzprodukten. Er beschränkt sich nicht darauf, auf die Gleichwertigkeit hinzuweisen; durch die Gegenüberstellung will er die eigene Ware anpreisen auf Kosten und unter Herabsetzung der fremden Ware.
Eine genauere Begriffsbestimmung hat einmal auf die Form der Gegenüberstellung der verglichenen Waren, zum anderen auf eine ausreichende Bestimmung des durch die Werbung Betroffenen einzugehen [1].

1) Form der vergleichenden Gegenüberstellung

Die Waren werden in der Regel dadurch verglichen, daß die fremde Ware der eigenen gegenübergestellt wird, um die Vorzüge der eigenen Ware besser sichtbar werden zu lassen. Der Werbevergleich kann in Wort oder Bild gekleidet werden, vielfach wird er Wort und Bild enthalten. Die Waren können aber auch unmittelbar gegenübergestellt werden, wenn z.B. ein Aussteller auf einer Messe oder ein Unternehmer bzw. sein Vertreter bei Geschäftsabschlüssen den Interessenten Proben der eigenen Ware im Vergleich zu den Waren der Mitbewerber vorlegt.
Ausdrücklich muß der Werbende die Güte und Überlegenheit der eigenen Leistung gegenüber der Leistung des Konkurrenten nicht herausstellen. Als vergleichende Werbung ist es auch anzusehen, wenn lediglich die fremde Ware herabgesetzt wird und zu erwarten ist, daß der durch die Werbung Angesprochene selbst die kritisierte Ware der Ware des Werbenden vergleichend gegenüberstellen wird [2]. In diesen Fällen muß der Werbende jedenfalls deutlich erkennbar sein.
Liegt ein Vergleich mit der eigenen Leistung nahe, was um so mehr zu bejahen ist, wenn durch die Werbung Fachleute angesprochen werden, kann die rechtliche Beurteilung nicht unterschiedlich sein, ob der Vergleich ausdrücklich gezogen wird oder ob er in der bloßen Herabsetzung des Konkurrenten stillschweigend enthalten ist.

---

1) Aus diesen beiden Gesichtspunkten heraus ist die Definition von D. Reimer aaO S. 8 erweiterungsbedürftig; vgl. auch BKartA Betr. 64,146.

2) RG JW 37,310; BGH NJW 61,1919; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 32; Droste GR 51,141.

2) Bezugnahme

Voraussetzung jeder vergleichenden Werbung ist ferner ein Betroffener, d.h. die Werbung muß sich gegen einen oder mehrere Mitbewerber richten.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß ein bestimmter Mitbewerber nicht ausdrücklich genannt werden muß. Durch eine versteckte Bezugnahme könnte andernfalls ein Vergleichsverbot umgangen werden, ohne daß der Werbung ihre Wirkung genommen würde. Die Rechtsprechung begnügt sich vielmehr mit einer eindeutig erkennbaren Bezugnahme auf einen oder mehrere Mitbewerber oder auf eine erkennbar gemeinte Gruppe von Unternehmen [1]. Nach dem RG muß die Werbung "zum mindesten dergestalt auf eine Gruppe von Gewerbetreibenden hinweisen, daß ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise diese als betroffen ansieht. Es muß sich eine erkennbare Beziehung zu konkurrierenden Unternehmungen ergeben, gegen die sich das wettbewerbliche Verhalten richtet" [2].

Es fehlt an einer Bezugnahme und somit darf eine solche Werbung nicht als vergleichende Werbung angeordnet werden, wenn die Reklame sich praktisch auf alle Mitbewerber bezieht, sofern dieser Kreis nicht klein und überschaubar ist [3].

Wann eine eindeutig erkennbare Bezugnahme im Sinne der Rechtsprechung vorliegt, ist nicht einfach zu bestimmen. Diese Abgrenzung ist um so bedeutungsvoller, als von ihr vielfach allein die Entscheidung eines Rechtsstreits abhängt. Zur Abgrenzung ist einmal der Kreis der Mitbewerber, der durch die Werbung betroffen wird, heranzuziehen; zum anderen ist auf den Kreis der durch die Werbung Angesprochenen abzustellen.

Eine feste Zahlengrenze für den Kreis der erkennbar Betroffenen läßt sich nicht aufstellen. Einerseits darf die Werbung nicht so allgemein gehalten sein, daß bei einer unüberschaubaren Anzahl von Konkurrenten in die Rechtssphäre von keinem derselben ernsthaft eingegriffen würde [4]. Andererseits ist eine unausgesprochene Bezugnahme nicht zu bestreiten, wenn die Konkurrenz klein und überschaubar ist. Einen entgegengesetzten Standpunkt nehmen das OLG Hamburg [5] und das OLG Düsseldorf [6] ein, die der Ansicht sind, eine Werbung ohne Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber werde nicht dadurch zur bezugneh-

---

1) Reimer, Komm. 78. Kap. Anm. 4; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 31.
2) RG GR 38,64; vgl. auch BGH GR 52,584; Droste GR 53,18.
3) Hefermehl NJW 57,187; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 31.
4) Tetzner NJW 56,1901.
5) OLG Hamburg WRP 60,104.
6) OLG Düsseldorf BB 63,250; auch BB 63,164.

menden Werbung, "daß der Kreis der Mitbewerber klein und von dem Kunden leicht überschaubar ist". Die Begründung dieser Ansicht, Unternehmen mit wenig Konkurrenz wären sonst zu sehr in der Werbung behindert, überzeugt nicht. Diese Unternehmen haben ausreichende Möglichkeiten, ohne Vergleich wirkungsvoll zu werben [1]. Eine erkennbare Bezugnahme ist bei einem kleinen Mitbewerberkreis stets zu bejahen.

Von der Rechtsprechung wurde diese Ansicht mit Ausnahme der vorerwähnten entgegengesetzten Entscheidungen einheitlich vertreten [2]. Der BGH stellte z.B. fest, eine Bezugnahme sei zu bejahen, da nur wenige Firmen Radschutz-Webstuhlantriebe als Spezialartikel herstellen. [3] Das OLG Stuttgart [4] bewertete die Werbung "Gütermann's Nähseide ist die beste" als Werbevergleich, da der Werbende nur einen ernsthaften Konkurrenten habe.

Eine zahlenmäßige Begrenzung läßt sich aber deshalb nicht geben, weil stets auf den Einzelfall abzustellen ist. Auch bei einer Vielzahl von Konkurrenten liegt eine erkennbare Bezugnahme vor, wenn der Vergleich sich auf einzelne Mitbewerber deshalb konzentriert, weil viele Leser an wenige besonders bekannte Firmen denken werden [5]. Bei einem Vergleich eines bestimmten Feinwaschmittels mit den handelsüblichen Feinwaschmitteln liegt nach dem OLG Düsseldorf [6] eine erkennbare Bezugnahme vor, da zumindest zwei Waschmittel infolge ihrer Verkehrsgeltung betroffen werden [7].

Die Erkennbarkeit kann sich schließlich aus besonderen Umständen der Werbung ergeben. Hier ist vor allem an die Werbung zu denken, die sich an die Werbung des Mitbewerbers zeitlich gerade anschließt [8], ferner an Fälle, in denen die Bezugnahme sich aus der räumlichen Nahe zum Betroffenen oder aus sonstigen Gründen deutlich ergibt [9].

Eine erkennbare Bezugnahme setzt weiter voraus, daß "ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise die Mitbewerber als betroffen ansieht" [10].

---

1) ähnlich Ingelmann WRP 60,178.
2) BGH GR 61,90; BB 63,1274; OLG München WRP 57,141; OLG Bremen NJW 62,305; LG Hamburg GR 56,423.
3) BGH GR 54,341.
4) GR 55,52.
5) RG GR 34,476; D. Reimer aaO S. 23; Droste GR 53,18; Tetzner NJW 56,1901.
6) GR 56,474.
7) aus ähnlichen Gesichtspunkten (Hinweis auf eindringliche Werbung einiger Firmen) wurde auch bei der Kühlschrankwerbung "Elektrolux ist besser - besser kauf Elektrolux" die Bezugnahme bejaht (OLG Düsseldorf GR 55,428).
8) BGH GR 52,582; vgl. auch Wettb 63,7.
9) Joetze aaO S. 83; Tetzner WRP 62,282.
10) vgl. RG GR 38,64.

Es kommt auf die Anschauung des Durchschnittslesers an, bei Werbungen, die sich an Fachleute richten, auf die durchschnittliche Ansicht des Fachlesers [1].

Hier erscheint zweifelhaft, wann der Teil der Umworbenen, der den Vergleich auf einen oder mehrere bestimmte Mitbewerber bezieht, als beachtlich angesehen werden kann.
Einerseits wird die Ansicht vertreten, es reiche aus, wenn der einzelne Verbraucher bei dem Vergleich an bestimmte, gerade ihm bekannte Mitbewerber denke [2], andererseits könnte man aber auch der Ansicht folgen, der Verkehr müsse den Vergleich auf ein und denselben bzw. dieselben Mitbewerber beziehen [3].

Zur Losung dieses Meinungsstreits empfiehlt es sich, von der Frage auszugehen, zu wessen Schutz das Verbot der vergleichenden Werbung gerechtfertigt sein könnte. Ohne diese Frage hier schon im einzelnen beantworten zu wollen, läßt sich feststellen, daß in erster Linie die Interessen des durch den Vergleich betroffenen Mitbewerbers wahrgenommen werden sollen [4]. Solange der Kaufer sein Vergleichsobjekt nur bei dem ihm gerade bekannten Mitbewerber sucht, wird die Rechtssphare des Unternehmers in geringerem Maße berührt, als wenn sich der Vergleich auf bestimmte Wettbewerber konzentriert. Zwar beginnt der Eingriff nicht erst mit dieser Konzentration auf bestimmte Mitbewerber; denn für die kleineren Unternehmen kann es schon eine fühlbare Storung ihres Geschaftsbetriebs bedeuten, wenn nur wenige Stammkunden den Vergleich mit ihrem Geschäft ziehen [5]. Andererseits darf aber die weit geringere Intensität der Beeinträchtigung bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nicht übersehen werden. Würden beide Eingriffe gleichbehandelt, käme es auf die Vielzahl der Konkurrenten und die Unübersehbarkeit des Angebots nicht mehr an, da der Verbraucher stets an ihm vertraute Wettbewerber denken wird.
Mit Recht hat die Rechtsprechung daher darauf abgestellt, daß ein nicht unerheb-

---

1) RG GR 33,257; BGH GR 54,341; GR 58,400.

2) vgl. Ingelmann WRP 60,179; v. Godin-Hoth Anm. 30 d, 30 e zu § 1 UWG; LG Köln v. 22.1.58 (24 Q 49-57), mitgeteilt bei Ingelmann aaO; auch Wettb 54, Nr. 9 S. 1; Reimer (Kap. 78 Anm. 4) läßt sich hierfür nicht anführen, da die Verweisung auf RG GR 30,201 klarstellt, daß er nicht auf den einzelnen Leser abstellt.

3) hM; vgl. u.a. BGH GR 54,341; GR 61,90; OLG Düsseldorf GR 56,474; OLG Stuttgart GR 55,52; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 31; Tetzner, NJW 56,1901; Illert aaO S. 52,59.

4) es wird später ausgeführt, daß die Unternehmerinteressen allein zur Begründung des Verbots angeführt werden können, vgl. Borck WRP 61,73.

5) vgl. das Beispiel bei Tetzner NJW 56,1901.

licher Teil des Verkehrs die Mitbewerber als betroffen ansieht. Dies läßt sich nur bei einem starkeren Eingriff, der die Konzentration auf bestimmte von den Kaufern übereinstimmend betroffene Mitbewerber deutlich erkennen laßt, bejahen. Es reicht nicht aus, wenn der Umworbene die Werbung überhaupt auf andere, wenngleich unterschiedliche Mitbewerber bezieht. Im Interesse der Aufklärung der Verbraucher und der freien Entfaltung des Leistungswettbewerbs ist diese geringe Beeintrachtigung, die in gleichem Maße oft bei allgemeinen Werbeaussagen des Konkurrenten eintritt, hinzunehmen und die Bezugnahme auf einen unbestimmt großen Mitbewerberkreis zuzulassen. Anderenfalls wäre auch jede Alleinstellungsbehauptung als vergleichende Werbung zu beurteilen.

Dennoch zeigt sich in der Rechtsprechung die Tendenz, bei der Auslegung der eindeutigen Erkennbarkeit großzügig zu verfahren und diese leicht zu bejahen, was mit Recht in der Literatur kritisiert wurde [1].
Um so bemerkenswerter sind zwei Entscheidungen des OLG Hamburg, die eine erkennbare Bezugnahme verneinen. In der ersten Entscheidung [2], die sich mit der Werbung "Sieh alle Möbellager durch ... und kaufe dann bei Schulenburg" zu befassen hatte, wird ausgeführt, daß die Werbung so allgemein gehalten sei, daß sie auf keinen bestimmten Mitbewerber hinweise. Auch die Werbung eines Hamburger Lebensmittelgeschäfts mit Kaffeeverkauf "Mehr für's Geld bei ...!" unter Hinweis auf besonders preiswerte Kaffeesorten wurde nicht als Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber angesehen [3].

Diesen beiden Entscheidungen kann voll beigepflichtet werden. Bei der Vielzahl von Möbelgeschäften sowie Kaffeegeschäften in Hamburg kann von einer eindeutig erkennbaren Bezugnahme nicht gesprochen werden. Hefermehl ist zuzustimmen, daß eine eindeutig erkennbare Bezugnahme notwendig ist, will man der Werbung nicht ihren wesenseigenen Spielraum nehmen [4]. Er wendet sich mit Recht gegen das Urteil des OLG Düsseldorf [5], das in der Werbung "bei uns kaufen Sie manches Teil günstiger ein. Wir haben nur geringe Unkosten und sind mit einem bescheidenen Verdienst zufrieden." eine erkennbare Bezugnahme auf diejenigen Mitbewerber sieht, die einen größeren Aufwand treiben, große Unkosten haben und mit höherem Verdienst rechnen. Da es sich hierbei um für den Kunden regelmäßig nicht überschaubare Tatsachen handelt, fehlt eine deutlich abgrenzbare Gruppe von Mitbewerbern, die durch den Vergleich betroffen ist. Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt dieses Gericht heute ein, wenn es bei einem

---

1) Spengler Wettb 60,81; Hefermehl NJW 57,187.
2) OLG Hamburg GR 53,533.
3) OLG Hamburg WRP 60,104.
4) vgl. NJW 57,187.
5) NJW 57,187; dazu auch Joetze aaO S. 81.

übersehbaren Mitbewerberkreis davon ausgeht, die Werbung ziele nicht auf einen bestimmten Wettbewerber, dies selbst bei einem Werbungtreibenden, der mit seinem größten Konkurrenten den Markt zu 80 % beherrscht [1].
Dieser Auslegung steht die Rechtsprechung des RG nicht entgegen, daß § 1 UWG auch unbestimmte Kreise wie Interessentengruppen gegen sittenwidrige Handlungen schützt [2]. Diese Entscheidungen bejahen die Klagbefugnis unabhängig von § 13 Abs. 1 UWG und prüfen das Betroffensein, um festzustellen, ob dem einzelnen ein Schaden entstanden ist, den er geltend machen kann. Eine Erweiterung der erkennbaren Bezugnahme enthalten diese Entscheidungen nicht [3].

Werden an die unausgesprochene Bezugnahme die angegebenen strengen Anforderungen geknüpft, wird das Kriterium der eindeutigen Erkennbarkeit die gerechte Entscheidung zahlreicher Fälle erleichtern. Hier können schon die Schwierigkeiten angedeutet werden, die bei der Frage auftauchen, ob und wann in einer Alleinstellungswerbung eine vergleichende Werbung enthalten ist. In diesen Problemkreis fällt auch die Abgrenzung des Systemvergleichs von der vergleichenden Werbung. Beide Fragen sollen später im Zusammenhang erörtert werden.

3) Begriff

Nach dieser näheren Bestimmung der die vergleichende Werbung kennzeichnenden Merkmale, einerseits der Form der Gegenüberstellung, andererseits der ausdrücklichen oder eindeutig erkennbaren Bezugnahme auf den Mitbewerber, läßt sich der folgende Begriff der vergleichenden Werbung gewinnen:

> Vergleichende Werbung ist die ausdrückliche oder stillschweigende Hervorhebung der Vorzüge der eigenen Ware oder gewerblichen Leistung durch eine Kritik der Ware oder gewerblichen Leistung des unmittelbar genannten oder deutlich erkennbaren Mitbewerbers [4].

---

1) OLG Düsseldorf BB 63,164; BB 63,250.
2) RGZ 79,327; RG GR 33,729; RG GR 37,61.
3) D. Reimer aaO S. 24; Droste GR 53,18.
4) diese Definition entspricht sinngemäß den in der Rechtsprechung des RG enthaltenen Grundsätzen, vgl. insbesondere RG GR 31,1300; RG GR 33, 250; RG GR 33,257; RG GR 34,752; RG GR 35,57; RG GR 36,750; RG GR 40,115.

4) Einzelfragen der Bezugnahme

a) Werbung mit Richt- oder Listenpreisen

Von besonderer Bedeutung und Aktualität ist die Werbung mit Preisgegenüberstellungen. Im Vordergrund der Erörterungen steht hier die Frage, ob eine eindeutig erkennbare Bezugnahme gegeben ist, wenn der Werbende seine eigenen Verkaufspreise den Richt- oder Listenpreisen gegenüberstellt, z.B. in der Form "X % unter Listen- bzw. Richtpreis", "Eigener (Mein) Preis X DM, Listen- bzw. Richtpreis X DM" [1].

Bei der Beurteilung dieser Werbeaussagen wird zunächst in Frage gestellt, ob überhaupt eine Bezugnahme auf die Mitbewerber bejaht werden könne, weil der Werbende nur die vom Hersteller mitgeteilten Richt- oder Listenpreise bekanntgebe und damit gar nicht den eigenen Preis mit den Preisen der Mitbewerber vergleiche.
Schürholz [2] ist der Ansicht, der Wettbewerber, der sich bisher an die Listenpreise gehalten habe, jetzt aber von diesen Preisen abweichen wolle, vergleiche bei einer Ankündigung dieser Preissenkung unter Bezugnahme auf den Listenpreis seinen jetzigen Preis mit dem eigenen früheren Preis. Der Werbende dürfe sich immer auf die eigene Leistung beziehen, selbst wenn diese zugleich eine Leistung des Konkurrenten sei.

---

1) Die Zulässigkeit nach § 1 UWG wird bejaht von: BGH NJW 64,2250; OLG Oldenburg GR 59,289; BB 63,913; OLG Düsseldorf BB 63,63; Betr 63,761; BB 63,1033; OLG München BB 64,902; KG Betr 64,1694; BKartA: Entscheidung der Einspruchsabteilung v. 30.12.63, Betr 64,145; im Beschluß des BKartA, gegen den sich der Einspruch richtete, neigte das BKartA zwar auch dieser Ansicht zu, entschied die Frage aber nicht, da es von der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung ausging (hierzu BB 63,492); Schürholz Betr 59,1431; Döll BB 60,1109; Borck WRP 61,76; WRP 62,251. Tetzner WRP 62,282; NJW 62,1088; Plaßmann JZ 63,372; Spengler Betr 65,25 (abweichend in MA 58,797); Illert aaO S. 53 ff, 59,60; B.-Hefermehl (seit 9. Aufl.) § 1 UWG Anm. 59;
dagegen bejahen das Vorliegen einer erkennbaren Bezugnahme:
OLG Köln GR 59,551; GR 60,337; GR 61,137; OLG Karlsruhe BB 60,1114; GR 61,300; OLG München WRP 62,17; LG Frankfurt BB 59,392; LG Stuttgart Wettb 62,81; LG Hamburg Wettb 62,80; Urteil v. 4.1.63 (HB v. 1./2.2.63); LG Oldenburg WRP 62,404; Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen, Gutachten Nr. 4/59 BB 61,231;
Frey WRP 62,70; Hiersemann WRP 62,113,114; Prößdorf WRP 63,9,11.

2) Betr 59,1431.

Der Ansicht ist insoweit zuzustimmen, daß es dem Wettbewerber nicht verwehrt sein kann, auf die Preissenkung durch einen Vergleich mit dem früher geforderten Preis hinzuweisen [1]. Dies berechtigt ihn aber nicht, sich neben dem tatsächlichen früheren Preis auf den Listenpreis zu beziehen. Sein Interesse am Vergleich ist beschrankt auf die konkrete Gegenüberstellung des alten und des neuen Preises. Gerade der Hinweis auf den Listenpreis ist mehr als ein Vergleich mit der eigenen früheren Leistung.

Nach anderer Ansicht werde bei der Werbung zwar ein Vergleich des eigenen mit dem vom Hersteller oder Lieferanten empfohlenen Preise angestellt. Auf die Mitbewerber beziehe sich die bloße Gegenüberstellung der Preise nicht, wenn nicht ergänzende Aussagen über das eigene Angebot als Hinweis auf die Preisgestaltung der Mitbewerber verstanden werden können [2].

Es wird nicht bestritten, daß nach dem Wortlaut in der Werbung unmittelbar nur ein Vergleich mit den Herstellerpreisen liegt. Die Werbung muß aber gerade danach ausgelegt werden, welche Deutung ihr der Leser beimißt. Die Ankündigung, unter dem Richt- oder Listenpreis zu verkaufen, wird den Verbraucher sofort an andere Wettbewerber denken lassen. Er wird Überlegungen anstellen, ob der gerade ihm bekannte Konkurrent des Werbenden die vom Hersteller vorgeschlagenen Ladenverkaufspreise einhalt oder ob auch er von diesen abweicht, vielleicht sogar in einem größeren Ausmaß. Diese Überlegungen zeigen, daß mittelbar nicht der Preis des Herstellers, sondern die Preise der Mitbewerber dem eigenen Preis gegenübergestellt werden [3]. Es erscheint unbefriedigend, eine Unterscheidung vorzunehmen zwischen der bloßen Bezugnahme auf den Richt- oder Listenpreis und Werbungen, die ergänzend auf das Preisverhalten von Mitbewerbern hindeuten. Der empfohlene Preis ist in vielen Branchen der regelmäßig eingehaltene Marktpreis [4], in anderen Branchen mit scharfem Preiswettbewerb der zumindest vereinzelt geforderte Preis. Er ist daher nicht nur ein unwirklicher Wunschpreis des Herstellers, sondern auch ein tatsächlich geforderter Preis [5].

Eine Bezugnahme auf die Preisgestaltung der Mitbewerber ist daher zu bejahen. Die Werbung will nicht zum Ausdruck bringen, daß alle anderen Wettbewerber der gleichen Branche in einem bestimmten Bezirk zum Richt- oder Listenpreis

---

1) B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 35.

2) vgl. BKartA (Einspruchsentscheidung) Betr 64, 146, 147; ebenso OLG Oldenburg GR 59, 289; Plaßmann JZ 63, 372; OLG München BB 64, 902.

3) ebenso Martino MA 64, 130.

4) vgl. auch die Anmeldungsmöglichkeit von Preisempfehlungen analog § 16 Abs. 4 GWB.

5) aA Plaßmann JZ 63, 372.

verkaufen [1]. Die Werbung stellt vielmehr einen Vergleich mit allen Geschäften her, die sich an den Richt- oder Listenpreis innerhalb eines meist örtlich begrenzten Gebietes [2] halten.

Die Frage ist, ob dieser Mitbewerberkreis eindeutig erkennbar ist. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß die vom Hersteller für seine Erzeugnisse empfohlenen Endverbraucherpreise in vielen Fällen unterschritten werden. Der Preisvergleich mit den Handlern, die die Listen- oder Richtpreise einhalten, wirkt regelmäßig nicht gezielt [3]. Es wird eine Gruppe von Mitbewerbern betroffen, die nicht präzis für den Verbraucher abzugrenzen ist. Entgegen der Ansicht von Spengler [4] und Hiersemann [5] reicht eine nicht präzis abzugrenzende Gruppe von Mitbewerbern nicht aus, um eine eindeutig erkennbare Bezugnahme zu bejahen. Ebensowenig kann es genügen, daß sich die Gruppe der ortsansässigen Mitbewerber, die zu Listenpreisen verkaufen, objektiv feststellen läßt. Es kommt entscheidend darauf an, ob ein nicht unbeachtlicher Teil der Verbraucher auf Grund der Werbung einen Vergleich zu bestimmten Mitbewerbern zieht. Hier steht ihm diese Vergleichsmöglichkeit nicht auf Grund der Werbung, sondern nur durch Preisnachfragen in den einzelnen Geschäften offen. Aus der Werbung ergibt sich die eindeutige Erkennbarkeit damit nicht [6]. Werden die Verbraucher durch die Gegenüberstellung gerade erst zur Vornahme eines Vergleichs veranlaßt, so wird damit eine in der Wettbewerbswirtschaft legitime Wirkung erzielt [7].

Eine Parallele findet sich beim Systemvergleich; vergleicht hier der Mitbewerber seine eigene Ware abstrakt mit der technischen Ausgestaltung und Arbeitsweise anderer Warengattungen, so kann der Verbraucher zwar durch Nachfrage den Kreis der Mitbewerber objektiv feststellen lassen. Diese Mitbewerber werden durch den Systemvergleich aber nicht erkennbar betroffen, wenn die Konkurrenz groß genug ist [8].

Die Werbung "X % unter Richt- oder Listenpreis" sagt nichts aus über die Preise konkreter Mitbewerber, da nicht zu übersehen ist, wer sich an die Richt- oder Listenpreise hält [9]. Der Einzelhändler ist in der Entscheidung, ob er die empfoh-

---

1) aA irrtümlich LG Frankfurt BB 59,392.

2) OLG Köln GR 59,551; 60,338; WRP 62,130.

3) Tetzner WRP 62,282.

4) MA 58,797; die Rspr. hat es nicht genügen lassen, wenn eine nicht präzis abzugrenzende Gruppe betroffen ist; in den von Spengler angeführten Beispielsfällen ist die erkennbare Bezugnahme gewährleistet.

5) WRP 62,114.

6) vgl. die bespr. Entsch. des OLG Düsseldorf, s.S. 11.

7) BKartA Betr 64,147.

8) vgl. Döll BB 60,1109.

9) anders ist die Beurteilung bei Ladenpreisen; vgl. hierzu Borck WRP 61,76.

lenen Preise verlangen soll, frei; eine selbständige Kalkulation seiner Verkaufspreise wird ihm ermöglicht [1].

Die Annahme eines gezielten Vergleichs könnte höchstens bei Vorliegen besonderer Umstände gerechtfertigt werden, wenn z.B. ein Mitbewerber in unmittelbarer Nähe die Ware mit den Listenpreisen bzw. den Richtpreisen im Schaufenster anbietet oder wenn allgemein bekannt ist, daß ein bedeutender Mitbewerber diese Preise einhält [2].

Folgt man der oben näher begründeten strengen Auslegung der erkennbaren Bezugnahme, kommt man zu dem Ergebnis, die Preisgegenüberstellungen nicht als vergleichende Werbung zu bewerten.

Eine überraschend große Anzahl von Entscheidungen bejahte die erkennbare Bezugnahme bei den genannten Preisgegenüberstellungen. Um so mehr sind die Urteile des OLG Oldenburg, des OLG Düsseldorf und des OLG München hervorzuheben, die eine erkennbare Bezugnahme verneinten und damit einer uferlosen Annahme eines Preisvergleichs wirksam begegneten [3]. Dieser Auffassung ist auch der BGH [4] in seinem grundlegenden Urteil zur Richtpreiswerbung gefolgt, ohne sich in dieser Entscheidung jedoch festzulegen, ob bei Hinweisen auf den empfohlenen Richtpreis überhaupt auf die Preise eines hinreichend bestimmbaren Mitbewerberkreises Bezug genommen werde oder ob der Vergleich jedenfalls im Aufklärungsinteresse zuzulassen sei. Das Bundeskartellamt hielt in zwei stark beachteten Entscheidungen ebenfalls die Werbung mit Preisgegenüberstellungen für grundsätzlich zulässig [5].

Mit der Verneinung der erkennbaren Bezugnahme ist aber noch nicht ausgesprochen, daß die Werbung mit Preisgegenüberstellungen nicht aus anderen Gesichtspunkten unzulässig sein könnte. Das kann im Rahmen dieser Untersuchung nur kurz angedeutet werden.

Die Werbung mit Richt- oder Listenpreisen könnte nach § 3 UWG unzulässig sein und zu einer Irreführung der Verbraucher führen. Ein Verstoß gegen § 3 UWG wurde zunächst damit begründet, dem Verbraucher werde vorgespiegelt, die Mehrzahl der Mitbewerber halte sich an die Listen- oder Richtpreise. Es werde beim Käufer der falsche Eindruck erweckt, der Werbende sei bedeutend billiger als die Konkurrenz; dies gelte in besonderem Maße beim Richtpreis, dessen Unverbindlichkeit für den Händler der Verbraucher meist nicht kenne. Überwiegend wurde daher angenommen, der Anschein eines günstigeren Angebots werde hervorgeru-

---

1) OLG Oldenburg BB 63,913; BKartA Betr 64,147.

2) Tetzner NJW 62,282; OLG Oldenburg v. 9.5.63 "Der weite Weg lohnt sich" in Betr 63,1040.

3) vgl. Übersicht S. 13.

4) NJW 64,2250,2251; ebenso BGH NJW 66,977,978.

5) BKartA BB 63,492; Betr 64,145.

fen, wenn zahlreiche Handler von den Listen- oder Richtpreisen gerade bei den Waren, für die geworben wurde, abweichen und diese Tatsache bzw. das Ausmaß der Preisunterbietung dem Verbraucher nicht allgemein bekannt ist [1].

In dem erwähnten Grundsatzurteil zur Richtpreiswerbung hat der BGH diese Ansicht bei Hinweisen auf den empfohlenen Richtpreis [2] mit der Begründung abgelehnt, die Anwendung des § 3 UWG führe zur Aufrechterhaltung eines dem Allgemeininteresse widersprechenden Irrtums der Verbraucher über den Begriff des empfohlenen Richtpreises und die Preisverhältnisse auf dem Markt; selbst eine vorübergehende Irreführung müsse im Interesse der Aufklärung der Verbraucher in Kauf genommen werden [3].

Gab der BGH schon in seinem Urteil zu erkennen, daß die zulässige Richtpreiswerbung ihre Grenze in einer anreißerischen Preiswerbung finde [4], mußte er seine Ansicht später weitergehend einschränken. Die Richtpreiswerbung wurde als irreführend angesehen, wenn der höhere Preis nicht eindeutig als empfohlener oder unverbindlicher Richtpreis gekennzeichnet war oder wenn der empfohlene Preis den bei ernsthafter Kalkulation vertretbaren oder auf dem Markt allgemein üblichen Verbraucherpreis für das Erzeugnis in solchem Maße überstieg, daß er nur noch als Phantasiepreis, als sogenannter "Mondpreis", gewertet werden konnte [5].

Auch rabattrechtliche Bedenken werden gegen diese Werbung erhoben. Würde der Händler den Anschein erwecken, der Richt- oder Listenpreis sei sein Normalpreis, von dem er einen prozentualen Nachlaß gewährt, wäre die Werbung mit § 1 Abs. 2 RabG unvereinbar. Einen derartigen Eindruck erweckt die Werbung "X % unter Richt- oder Listenpreis" nicht. Der Werbende gibt vielmehr deutlich zu erkennen,

---

1) vgl. OLG Düsseldorf BB 63, 63; Betr 63, 761; WRP 64, 96; OLG Hamm BB 63, 63; KG Betr 63, 959; OLG Oldenburg BB 63, 494, Betr 63, 1040. Hiersemann WRP 62, 114; Tetzner WRP 62, 282; Prößdorf WRP 63, 11, 12; aA BKartA Betr 64, 147; Plaßmann JZ 63, 373.

2) zur Unterscheidung vom Listenpreis vgl. BGH NJW 64, 2247.

3) BGH NJW 64, 2247; NJW 66, 977; zustimmend OLG Hamm BB 65, 644; Plaßmann NJW 65, 295, Spengler Betr 65, 25; die Entscheidung wird abgelehnt von: Hiersemann WRP 64, 393; Droste Betr 65, 171; Betr 66, 1173; Greifelt Wettb 65, 7; Illert aaO S. 77 ff.

4) BGH NJW 64, 2251, gegen diese Einschränkung Plaßmann NJW 65, 296.

5) vgl. im einzelnen hierzu BGH NJW 66, 977; NJW 67, 782. NJW 66, 1559; ferner OLG Hamm BB 65, 644; unzulässig auch die Gegenüberstellung der eigenen mit nicht angemeldeten empfohlenen Preisen.
Auf die Werbung mit Listenpreisen lassen sich diese Grundsatzentscheidungen des BGH nicht übertragen (vgl. Hiersemann WRP 64, 395); zur unzulässigen Werbung mit Listenpreisen vgl. Döll BB 60, 1108.

daß er den Richt- oder Listenpreis nur als Berechnungsgrundlage und als eine vom Hersteller gegebene Richtlinie ansieht, sich diesen Preis aber nicht zu eigen gemacht hat. Zielrichtung seiner Werbung ist es gerade, die Verbraucher wissen zu lassen, daß die Richt- oder Listenpreise nicht seine Preise sind. Ein rabattrechtlicher Verstoß liegt in diesem Hinweis daher nicht [1].

b) Werbung mit Discountpreisen

Auch bei der Werbung mit Discountpreisen wird vielfach die Frage bedeutsam, ob die Reklame als vergleichende Werbung anzusehen ist. Stellen die Discounthäuser in ihrer Werbung die Discountpreise den Richt- oder Listenpreisen gegenüber, ergeben sich die gleichen Auslegungsfragen, wie sie im letzten Abschnitt erörtert wurden.

Weisen sie allein auf den Discountpreis hin, lassen sie erkennen, daß sie dem Kunden ein besonders preisgünstiges Angebot unterbreiten wollen. Vermeiden sie dabei konkrete Angaben über die Angebote der herkömmlichen Einzelhändler, fehlt es an einer erkennbaren Bezugnahme auf diese.

Als vergleichende Werbung könnte aber auch die Werbung des herkömmlich tätigen Einzelhandlers beurteilt werden, der in seiner Werbung den Begriff des Discountpreises verwendet. Es muß hier unerörtert bleiben, welche Bedeutung den Bezeichnungen "Discountpreis" und "Discounthaus" nach der Verkehrsauffassung zukommt und welche Anforderungen an die Zulässigkeit der Werbung des Einzelhändlers, der mit diesen Begriffen wirbt, gestellt werden [2].

In diesem Zusammenhang ist allein die Frage von Bedeutung, ob in dem Gebrauch des Begriffs "Discountpreis" eine erkennbare Bezugnahme auf die Discounthäuser gesehen werden kann.

Nach der Rechtsprechung wird dies beim Vorliegen besonderer Tatumstände vereinzelt bejaht. Am deutlichsten kommt diese Ansicht in einer Entscheidung des OLG Bremen [3] zum Ausdruck. Ein Einzelhändler ließ kurz nach Eröffnung des 80 m entfernten Discounthauses an seinen Schaufenstern die Aufschrift anbringen

---

1) vgl. für Richtpreis BGH NJW 64,2252; für Listenpreis OLG Oldenburg GR 59,288; ferner Döll BB 60,1108; offengelassen bei BKartA Betr 63,582 mit weiteren Literaturangaben;
aA OLG Köln GR 59,552; B.-Hefermehl § 1 RabG Anm. 18; Spengler MA 58,798 sowie Illert aaO S. 84 ff (formale Auslegung des Rabattbegriffs).

2) vor allem besteht die Gefahr der Entwertung des Begriffs "Discount"; zu diesen Fragen vgl. die ausführlichen Hinweise auf Rechtsprechung und Schrifttum bei Lutz MA 63,97 und Frey WRP 63,221; ferner OLG Hamm BB 63,1235.

3) NJW 63,864; ebenso LG Bremen als Vorinstanz nach Lutz MA 62,100.

"auch hier Discountpreise". Die Werbung zielte auf das Discounthaus ab, wie sich hier aus der Nähe, dem zeitlichen Zusammenhang mit der Eröffnung und dem Wortlaut der Aufschrift ergab. Das OLG Bremen sah eine vergleichende Werbung als gegeben an. Ebenso bejahte das LG Kleve [1] bei dem Hinweis auf Discountpreise eine konkrete vergleichende Bezugnahme auf die Preise des nahe gelegenen Discounthauses. Bald darauf schränkte das LG Kleve [2] diese Ansicht allerdings stark ein. Bei einer Entfernung von 100 - 200 m entfalle eine erkennbare Bezugnahme auch bei zeitlichem Zusammentreffen mit der Discounthauswerbung, weil die Discountpreiswerbung allgemein verwendet werde. Im Urteil des AG Minden [3] wird deutlich hervorgehoben, daß das zeitliche Zusammentreffen der Discountpreiswerbung allein nicht zur Annahme einer erkennbaren Bezugnahme führt.

Lassen die beiden letzten Entscheidungen noch die Möglichkeit offen, den Hinweis auf Discountpreise unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung zu beurteilen, gehen die Entscheidungen des OLG Hamburg [4] und des LG Kiel [5] davon aus, daß eine vergleichende Werbung in dem Hinweis auf Discountpreise nicht gesehen werden könne [6].

Diesen Entscheidungen muß zugestimmt werden. Soweit sich die Werbung darauf beschränkt, nur auf Discountpreise hinzuweisen, ohne nähere Preisangaben zu machen, handelt es sich nicht um vergleichende Werbung. Der Werbende gibt hiermit lediglich zu erkennen, daß auch er zu besonders günstigen Preisen verkauft. Das Wort "Discountpreis" kann nicht nur als Hinweis auf Discounthäuser, sondern es muß auch losgelöst von der Ursprungsstätte als Hinweis auf einen besonders niedrigen Preis verstanden werden [7]. Ein einheitlicher Maßstab für den Grund des Preisnachlasses hat sich noch nicht herausgebildet [8]. Daher kann es dem herkömmlichen Einzelhändler nicht verwehrt werden, diesen Begriff in seiner Werbung zu verwenden.

---

1) v. 18.5.62, zit. nach Frey WRP 63,228.
2) v. 16.11.62, zit. nach Frey WRP 63,228.
3) WRP 62,403.
4) BB 63,1233.
5) BB 63,1234.
6) aA Schnitzler BB 63,1234 in einer Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Hamburg, der die Ansicht vertritt, das Gericht rechtfertige die Werbung mit dem Ausnahmetatbestand des Abwehrvergleichs. Diese Auslegung wird der Entscheidung nicht gerecht, da nicht unterstellt werden kann, daß das OLG Hamburg in der Werbung der Discounthäuser einen rechtswidrigen Angriff erblickt.
7) vgl. OLG Karlsruhe BB 63,1396.
8) hierzu auch Mohr BB 64,159.

Aber selbst wenn man der Ansicht folgt, die Werbung ziele auf die Discounthäuser, entfällt eine erkennbare Bezugnahme, da die Einzelhändler den eigenen Preis nicht dem Preis des Discounthauses gegenüberstellen. Hingewiesen wird in der Werbung lediglich auf den Geschäftsgrundsatz der Discounthäuser, die Waren besonders niedrig zu verkaufen [1]. Der Werbende bringt nicht zum Ausdruck, daß die Waren zu den gleichen Preisen wie im Discounthaus oder sogar billiger bei ihm zu kaufen seien, er behauptet auch nicht, daß die Werbung sich auf alle Waren beziehe. Der Discountpreis ist kein feststehender Preis. Er wird von jedem Händler unterschiedlich kalkuliert, wobei dieser die konkreten Bedingungen zugrunde legen muß, die es ihm ermöglichen, einen geringeren Preis zu verlangen [2].

Der Hinweis auf die Discountpreise in der Werbung fällt daher nicht unter den Tatbestand der vergleichenden Werbung. Auf Nähe oder zeitliches Zusammentreffen mit einer Werbung des Discounthauses kommt es entgegen der oben erwähnten Rechtsprechung nicht an, soweit nur generell auf Discountpreise Bezug genommen wird. Stellt ein Einzelhandler in der Werbung seine Discountpreise besonders heraus, handelt es sich ebenfalls nicht um vergleichende Werbung gegenüber den übrigen herkömmlichen Einzelhändlern. Er weist damit zwar auf die Preiswürdigkeit seines Angebotes hin. Aber erst wenn besondere Umstände, wie z.B. ein konkreter Preisvergleich, hinzutreten, die eine gezielte Bezugnahme auf einen oder mehrere bestimmte Einzelhändler erkennen lassen, ist eine vergleichende Werbung zu bejahen [3].

c) Werbung mit Warentests

In diesem Zusammenhang ist schließlich die Frage zu erörtern, ob von vergleichender Werbung auch gesprochen werden kann, wenn mit den Ergebnissen von Warentests geworben wird [4].

Der Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung steht nicht entgegen, daß der Werbende lediglich einen fremden Testbericht wiedergibt. Verwendet der Mitbewerber die Aussage des Testberichts in der Werbung, macht er sich die vergleichenden Angaben in dem Test zu eigen. Er hat diese Angaben ebenso zu vertreten wie ein Kaufmann, der sich in seiner Werbung auf

---

1) OLG Hamm BB 63, 1235.

2) ebenso LG Kiel BB 63, 1234.

3) OLG Hamm BB 63, 1235 (Super-Diskontpreis).

4) vgl. zu diesem Fragenkreis: LG Bochum BB 63, 363, LG Köln MA 63, 268; Borck WRP 63, 150 f; WRP 65, 201 ff; Rinck BB 63, 1030 f; Giefers WRP 64, 289 ff; Schultz JuS 65, 86 ff.

ein wissenschaftliches Gutachten bezieht [1], da der ursprünglich verfolgte Zweck, neutral zu urteilen, in der Werbung nicht mehr eingehalten wird.
In einem stark beachteten Urteil hat sich das LG Bochum [2] gegen die Werbung mit Testergebnissen ausgesprochen, da die Zielsetzung des Warentests verfälscht werde, wenn das Testergebnis zur Waffe im Wirtschaftskampf gemacht werde. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Ziel des Warentests ist die Aufklärung der Verbraucher. Diese Zielsetzung des Tests wird durch eine erneute Wiedergabe oder zutreffende Auswertung des Tests in der Werbung nur gefördert, da gerade hierdurch einem größeren Personenkreis die Möglichkeit gewahrt wird, einen objektiven Marktüberblick zu gewinnen [3].
Es ist eine andere Frage, ob der Werbende durch die Wiedergabe vergleichende Werbung treibt. Stets ist nach dem Einzelfall zu entscheiden, ob erkennbar Bezug genommen wird auf die Waren der Mitbewerber. Ein Musterbeispiel vergleichender Werbung liegt vor, wenn der Werbende allein darauf hinweist, wie schlecht ein namentlich genannter Konkurrent in einem Warentest abgeschnitten hat. Andererseits bestehen keine Zweifel an der Zulässigkeit einer Werbung, die sich darauf beschränkt aufzuzählen, welche Vorteile die eigene Ware nach dem Testbericht besitzt, ohne daß die Testnote angegeben wird und ohne daß Schlüsse auf das Abschneiden der Konkurrenten gezogen werden können [4].
Zwischen diesen beiden eindeutig zu beurteilenden Extremfällen der Werbung mit Warentests bewegt sich die Werbepraxis. Inwieweit bei diesen Abstufungen die Erkennbarkeit der Bezugnahme zu bejahen ist und damit ein Werbevergleich vorliegt, ist im folgenden zu untersuchen.

aa) Der Werbende kann zunächst darauf hinweisen, daß seine Ware getestet wurde, er gibt beispielsweise genau an, in welchem Heft einer Testzeitschrift dieser Test abgedruckt ist und empfiehlt, sich den Testbericht zu besorgen und ihn zu studieren.
Eine erkennbare Bezugnahme zur Konkurrenz ist in dieser Werbung nicht enthalten. Der Leser zieht keine Vergleiche zu bestimmten Mitbewerbern, da er den Testbericht nicht zur Hand hat. Die Möglichkeit ist zwar vorhanden, daß sich ein Leser die Testzeitschrift besorgt und den in dem Test gezogenen Vergleich studiert. Der Vergleich geht jetzt aber nicht mehr von dem Werbenden aus, son-

---

1) RGZ 163,167; BGH NJW 66,49; LG Bochum BB 63,363; LG Düsseldorf WRP 65,294; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 18; § 3 UWG Anm. 48; Hefermehl GR 62,618; Rinck BB 63,1030; Tetzner NJW 65,729.
2) BB 63,363; ebenso LG Köln BB 63,832.
3) Giefers WRP 64,290; Schultz JuS 65,88.
4) vgl. Borck WRP 63,151; Bußmann GR Ausl. 64,201; Tetzner NJW 65,729; v. Gamm aaO S. 85.

dern von dem Kaufer, der sich über die Unterschiede der getesteten Erzeugnisse unterrichten will. Der Werbende weist den Kunden zwar auf den Test hin und empfiehlt, ihn sich zu beschaffen. Dies ist aber ebenso zulassig wie die Aufforderung, die Leistungen der verschiedenen Mitbewerber zu vergleichen [1]. Zwar liegt im ersten Fall bereits ein fertiges Urteil eines Testinstituts vor, während sich der Kunde im anderen Fall selbst erst ein individuelles Urteil bilden muß. Der unmittelbare Sinn der Werbeaussage wird hierdurch nicht berührt, zumal der Kunde den Warentest selbständig begutachten wird. Der Mitbewerber wird bei diesem Hinweis nicht unmittelbar als Mittel der Verstärkung der Werbewirkung verwandt [2]. Der Werbende will allein zum Ausdruck bringen, er habe keinen Vergleich zu scheuen; davon solle sich der Kunde selbst überzeugen. Nur ausnahmsweise wird der Kunde den Testbericht studieren und seine Schlüsse daraus ziehen; überwiegend wird die Aufforderung an den Kunden nur als rhetorische Werbeaussage verstanden. Als vergleichende Werbung kann der Hinweis auf den Warentest und die Empfehlung, ihn sich zu besorgen, nicht angesehen werden [3].

bb) Der Werbende kann ferner auf die Bewertung des eigenen Erzeugnisses hinweisen. Üblicherweise wird der Warentest in einer Gesamtbeurteilung zusammengefaßt, die es dem Verbraucher erleichtert, das Verhältnis der getesteten Waren zueinander festzustellen. Die Benotungen von "sehr empfehlenswert" bis "vom Kauf abzuraten" haben sich in der Praxis durchgesetzt. Beschränkt sich die Werbung darauf, auf die Gesamtbeurteilung wie z.B. "sehr empfehlenswert" oder auf die höchste Testnote hinzuweisen oder wird erwähnt, bei dem Test habe die Ware zur Spitzengruppe gehört, liegt kein Werbevergleich vor [4]. Von der

---

1) vgl. z.B. die Werbung in Dortmunder Tageszeitungen "Prüfen Sie in ganz Dortmund die Preise, und kommen Sie dann zuletzt zu uns. Unser Angebot ... .

2) Borck WRP 65,203 gegen Giefers WRP 64,292.

3) Borck WRP 63,151, WRP 65,203; Bußmann GR Ausl. 64,201; Rinck BB 63, 1030 begründet dies damit, es sei erlaubt, für den Kauf der Testzeitschrift zu werben. Diese Begründung überzeugt nicht, da dieser Zweck neben der Absicht, für das eigene Erzeugnis zu werben, vollkommen zurücktritt.

4) Giefers WRP 64,292; Tetzner NJW 65, 729 (unter Hinweis auf die zulässige Werbung mit Auszeichnungen); vgl. hier vor allem die Werbungen der Fa. Braun, die als erste mit Testergebnissen geworben hat, vgl. die Anzeigen in der "Zeit" v. 8.3.63; FAZ v. 1./2.5.63, "DM" Nr. 43/63 S.8; Nr. 47/63 S. 25; oder die Werbung der Fa. Bauknecht, daß 11 abgebildete Geräte dieser Firma in verschiedenen Tests als empfehlenswert beurteilt wurden, "DM" Nr. 12/65 S. 32,33.

Werbung wird kein Konkurrent erkennbar betroffen, da völlig offen ist, wie die Mitbewerber abgeschnitten haben. Die Annahme wird nicht ausgeschlossen, daß auch andere Mitbewerber die höchste Testnote erhielten.
Die rechtliche Beurteilung ändert sich, wenn deutlich zum Ausdruck gebracht wird, daß das eigene Erzeugnis von allen getesteten Waren am besten abgeschnitten hat. Dieser Tatbestand lag auch dem vom LG Bochum [1] entschiedenen Fall zugrunde. Die Werbung lautete dort: 'Von allen von der "DM" getesteten 13 Nähmaschinen näht die X am besten. Sie steht an erster Stelle.' Ein anderes Beispiel ist auch "nur einer von 11 erreichte ein sehr empfehlenswert" [2].

Hier werden die Mitbewerber erkennbar betroffen. Selbst wenn der Kunde den Test nicht zur Hand hat, wird er ihn auf alle Konkurrenten des Werbenden beziehen, die eine gewisse Marktgeltung erlangt haben [3]. Der Kunde wird die Werbung so verstehen, daß diese Mitbewerber in dem Test entweder schlechter bewertet wurden oder aber gar nicht getestet wurden, was seiner Ansicht nach ein deutliches Anzeichen dafür ist, daß sie nur dem durchschnittlichen Warenangebot entsprechen [4], also schlechter sind als das im Test an der Spitze stehende Erzeugnis. Der Vorrang des werbenden Erzeugnisses gegenüber den Konkurrenten mit Marktgeltung wird in der Werbung verdeutlicht und damit ist eine für den Verbraucher erkennbare Bezugnahme ersichtlich; die genaue Angabe des Heftes der Testzeitschrift ist nicht einmal erforderlich.

cc) Der Werbende kann schließlich auf verschiedenartige Weise den Testbericht verbreiten. Er kann den wesentlichen Inhalt bzw. den vollständigen Text in einer Anzeige wiedergeben, die Testzeitschrift, in der sein Erzeugnis getestet wurde, ankaufen und verbreiten, er kann anbieten, die Testzeitschrift kostenlos zuzustellen oder er kann den Testbericht deutlich sichtbar im Schaufenster auslegen. Das Verbreiten des Testberichts ist die weitestgehende Form der Werbung mit Warentests, gerade hier ist die Erkennbarkeit der Bezugnahme am leichtesten

---

1) BB 63,363 (der erste Teil dieser Werbung wurde in "DM" Nr. 50/63 S. 8 wiederholt).
2) "DM" Nr. 43/63 S. 56 (Werbung des Batterie-Rasierers Oxford 62 unter Hinweis auf den in der "DM" Nr. 32/63 veröffentlichten Test).
3) aA Borck WRP 65,202.
4) hierzu Hefermehl GR 62/615; Völp WRP 63,115.

zu bejahen [1].

Bei vollständiger Wiedergabe des Tests besteht kein Zweifel, daß die schlechter bewerteten Mitbewerber betroffen sind. Die rechtliche Beurteilung unterscheidet sich nicht, wenn die Mitbewerber in einem Auszug des Tests entweder ausdrücklich genannt oder aus den gesamten Umständen der Anzeige deutlich erkennbar sind [2]. Durch die Wiedergabe des Tests wird die Ware des Werbenden den Waren der Konkurrenten gegenübergestellt und auf diese erkennbar Bezug genommen, ohne daß ein konkreter Kommentar diese Beziehung erst herstellen müßte.

Eine erkennbare Bezugnahme liegt ebenfalls vor, wenn der Werbende den ihm günstigen, in einer Testzeitschrift abgedruckten Testbericht in großer Anzahl aufgekauft hat und an Interessenten verteilt [3], sei es, daß er die Testzeit-

---

1) die Ansicht von Rinck (BB 63,1030), der Hinweis auf den Test sei nicht anders zu beurteilen als die Verteilung von Testberichten oder die Aufnahme des Berichts in die Werbung, steht der dargelegten Ansicht nicht entgegen, da Rinck allein die erst später zu behandelnde Frage der Sittenwidrigkeit der Werbung untersucht. Ebenso wie Schultz Jus 65,56 kommt er zu dem Ergebnis, daß die Argumente, die gegen die vergleichende Werbung sprechen konnten, bei der Werbung mit Testergebnissen nicht zuträfen, da das Vergleichsurteil hier auf einer objektiven Prüfung beruhe; gegen diese Begründung vgl. LG Düsseldorf WRP 65,294; Giefers WRP 64,291 f; Borck WRP 65,202 f.

2) für das letztere vgl. die Anzeige des NSU-Prinz "DM" Nr. 28/63 S. 41: es wurde auf einen Vergleichstest der 4 populärsten Wagen der Klassen bis 800 ccm hingewiesen. Der NSU-Prinz wurde als bester Kauf bezeichnet, wie der Test ergeben habe; die zweit- bis viertbesten Käufe blieben "aus Gründen der Fairness" nicht genannt.

3) vgl. hier die Fa. Braun, die vor und nach dem ersten Rasierapparate-Test 25.000 Exemplare der Zeitschrift "DM" beim Verlag bestellt hat, so "DM" Nr. 4/62 S. 54;
die sich in diesem Zusammenhang ergebende Frage der Zulässigkeit der Warentests wegen fehlender Neutralität kann hier nicht weiter verfolgt werden, hierzu Völp WRP 63,112; Hefermehl GR 62,615; Rinck BB 63, 1029.

schrift in den Geschäftsräumen ausliegen hat und den Kunden mitgibt, sei es, daß er diesen den Test auf ausdrücklichen Wunsch oder ohne Aufforderung zusendet oder durch Vertreter überbringen läßt [1].

So hat auch das LG Düsseldorf [2] entschieden, daß ein Wettbewerber, der Sonderdrucke eines günstigen Testberichts an seine Kunden versendet, grundsätzlich gegen das Verbot der vergleichenden Werbung verstößt.

Es besteht ein entscheidender Unterschied, ob dem Verbraucher nur angeraten wird, sich einen Testbericht zu besorgen, oder ob ihm zugleich das Vergleichsmaterial unmittelbar in die Hand gegeben wird. Im letzteren Falle kommt der Vergleich viel stärker zur Geltung, weil die Verbreitung vom Werbenden ausgeht [3]. Es kommt hier tatsächlich zum Vergleich des Kunden, da dieser den Testbericht in der Hand hält; insofern unterscheidet sich die Werbung kaum von der Verbreitung des vollständigen Warentests. Werbung und Testbericht (Testzeitschrift) sind im Zusammenhang zu sehen. Auch hier besteht die Gefahr der Verfälschung, da der Interessent allein aus der Tatsache, daß mit dem Test geworben wird, folgern wird, daß der Werbende gut bewertet wurde. Die Bezugnahme auf die Konkurrenz ist deutlich erkennbar, da der Testbericht unmittelbar dem Interessenten zur Verfügung steht. Die rechtliche Beurteilung ändert sich jedoch, wenn die Testberichte anonym verteilt werden, ohne daß der Verteiler aus den näheren Umständen erkennbar ist. In diesem Fall liegt eine bezugnehmende Werbung auf die Mitbewerber nicht vor [4].

Als vergleichende Werbung ist es schließlich anzusehen, wenn der Werbende, z.B. ein Einzelhandelsgeschäft, das in einem Test gut beurteilt wurde, den Test im Schaufenster deutlich sichtbar auslegt, wie das LG Köln [5] durch Beschluß im einstweiligen Verfügungsverfahren entschied. Andererseits muß es dem Einzelhändler vielfach gestattet sein, einen Test der von ihm angebotenen Waren auszulegen und als Einkaufshilfe zu verwenden [6]. Dies ist ohne weiteres zulässig, wenn mehrere Erzeugnisse, die der Einzelhändler führt, in einem Test gleichwertig beurteilt und bei allen sowohl Vor- wie auch Nachteile aufgezählt wurden. In diesem Fall wird durch die Auslage des Testberichts nicht der Umsatz eines bestimmten Herstellers gefördert, sondern nur dem Verbraucher die Auswahl erleichtert.

---

1) wann ein Vergleich auf Verlangen in diesen Fällen vorliegt, wird später erörtert.
2) WRP 65,294.
3) Borck WRP 63,151.
4) Giefers WRP 64,292.
5) MA 63,268.
6) Borck WRP 63,151.

Legt der Einzelhändler dagegen den Test über eine besonders gut beurteilte Ware in seinem Geschäft aus, um dadurch eine Absatzsteigerung zu erzielen, so verfolgt er mittelbar zugleich auch den Zweck, den Absatz des Herstellers zu fördern. Dieser letztere Zweck tritt nicht völlig zurück, er ist vielmehr mit dem Erreichen des erstrebten Zieles notwendig verbunden [1].

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß der bloße Hinweis auf den Test oder das Testergebnis, der keinen Schluß auf das Abschneiden der Mitbewerber zuläßt, nicht unerlaubt ist, da eine erkennbare Bezugnahme nicht vorliegt. Als vergleichende Werbung ist dagegen jedes Verbreiten des Tests anzusehen, das erkennen läßt, wie die Konkurrenten bei dem Test bewertet wurden.

---

1) Dieses als vergleichende Werbung zu beurteilende Verhalten des Einzelhändlers ist aber nicht wettbewerbsfremd, wie im Rahmen des Vergleichs auf Verlangen näher ausgeführt wird; vgl. BGH NJW 63,109.

B. DAS VERBOT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG UND SEINE AUSNAHMEN

I. DIE RECHTLICHE BEURTEILUNG DES WERBEVERGLEICHS

1) Der Grundsatz des Verbots in der Rechtsprechung

Das Verbot der vergleichenden Werbung läßt sich in seiner Entwicklung bis ins Mittelalter zurückverfolgen. Schon die Zunftordnungen enthielten das Verbot, die Waren eines anderen herabzusetzen [1].
Erst seit Einführung einer Generalklausel im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahre 1909 hatte sich die Rechtsprechung mit der Frage zu befassen, ob es zulassig ist, die Leistung des Konkurrenten in Beziehung zu der eigenen Leistung zu setzen. Da der spezielle Tatbestand des § 3 oder des § 14 UWG nur dann gegeben ist, wenn die Werbung unrichtig ist, könnte die wahre vergleichende Werbung allein unter das Verbot sittenwidriger Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs (§ 1 UWG) fallen.

Die Rechtsprechung hat in ihrer Beurteilung lange geschwankt. Das RG hat zunächst in einer Entscheidung vom 26.11.1912 ohne nähere Begründung einen wahren Preisvergleich von Sunlightseife mit guter Kernseife als zulässig angesehen [2]. Dieser Ansicht ist das RG nahezu zwei Jahrzehnte gefolgt, wenngleich es sich um Einschränkungen der Zulässigkeit des Werbevergleichs bemühte. In mehreren Entscheidungen ging das RG jedenfalls weiterhin von der grundsätzlichen Zulässigkeit aus [3]. Der Wandel der Rechtsprechung deutete sich jedoch schon im Urteil vom 11.3.1927 [4] dadurch an, daß das RG ausführte: "außerdem ist eine sog. persönliche Reklame im allgemeinen zu vermeiden und nur in besonderen Fällen zulässig".

Dieser Wandel der Rechtsprechung vollzog sich mit der sogenannten Hellegold-Entscheidung vom 6.10.1931 [5]. Das RG erblickte in einem Werbevergleich einen Verstoß gegen § 1 UWG. Nach dem RG brauchen es sich "die Mitbewerber,

---

1) vgl. Gewandschneiderordnung für Frankfurt/M. von 1377; Breslauer Kaufleutezunftordnung von 1360; Lübecker Krämerrolle von 1573; ausführlichere Nachweise bei Bußmann-Droste aaO S. 49.
2) MuW 12,337.
3) RGZ 132,298; RG GR 31,984; RG GR 31,1304.
4) RGZ 116,280.
5) RG GR 31,1299,1301.

auch wenn ihre gewerbliche Leistungsfähigkeit tatsächlich geringer sein sollte, nicht gefallen zu lassen, in den fremden Anpreisungen als Mittel zur Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwendet zu werden. Die Abwägung etwa bestehender Beschaffenheitsunterschiede zwischen den Waren verschiedener Hersteller trotz gleichen oder sogar höheren Preises muß dem Verkehr selbst überlassen bleiben" [1]. Diese Meinung hat das RG in allen folgenden Entscheidungen aufrechterhalten, wenn es auch zunehmend Ausnahmen von dem allzu strengen grundsätzlichen Verbot anerkannt hat [2].
Der BGH hat diese Ansicht in ständiger Rechtsprechung fortgesetzt [3], viele Oberlandesgerichte und Landgerichte haben sich angeschlossen [4].

Einen entgegengesetzten Standpunkt haben das OLG Bremen [5] und das LG Tübingen [6] eingenommen und sich klar für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung ausgesprochen, obwohl der beiden Gerichten vorliegende Fall keine Veranlassung gab, diese Problematik zu lösen.

Im Anschluß an diese von seiner Rechtsprechung abweichenden Entscheidungen hat sich der BGH [7] in einem Urteil vom 9.10.1963 erneut zum Verbot der vergleichenden Werbung bekannt. So bedeutsam diese Entscheidung für die weitere Rechtsfortbildung war, handelte es sich nicht um das Grundsatzurteil, das von allen Seiten vom BGH erwartet wurde. Der BGH hat noch keinen "Schlußstrich unter die ohne sachlichen Grund hochgespielte Diskussion" [8] gezogen. Er bestätigte zwar seine bisherige Auffassung vom Verbot des Werbevergleichs; eine klare Stellungnahme zu der Gegenmeinung wurde dem BGH aber nicht abverlangt, da auch nach dieser Ansicht der Vergleich unzulässig war. Im Urteil vom 9.10.63 konnte der BGH daher noch einmal den Meinungsstreit dahingestellt sein lassen.

---

1) RG GR 31,1299, 1301.
2) vgl. z.B. RG: GR 33,250; GR 34,476; GR 35,384; RG GR 38,445; RG GR 40,115; RG GR 42,366; RG GR 44,154.
3) BGH: GR 52,417; GR 52,584; GR 53,294; GR 54,341; GR 58,345; GR 59, 490; GR 60,387; GR 61,90; NJW 61,1918; NJW 63,109 (beiläufig); BB 63,1274.
4) vgl. Überblick über die Rspr. bei OLG Köln GR 62,103; ferner Hartmann NJW 63,518 Anm. 28,29; OLG Düsseldorf Betr 63,1603.
5) NJW 62,304 (Urteil v. 28.9.61).
6) BB 63,63 (Urteil v. 19.10.62).
7) BB 63,1274 = Betr 63,1533.
8) ZAW-Nachr. 22/63 Nr. 248 v. 21.11.63; Schneider, Industriekurier v. 12.12.63 S. 14.

Auch in den nachfolgenden Entscheidungen [1] brauchte sich der BGH mit den für die vergleichende Werbung sprechenden Argumenten nicht auseinanderzusetzen. Soweit der BGH in diesen Entscheidungen den Werbevergleich zuließ, begründete er diese Ansicht unter Bezugnahme auf seine früheren Entscheidungen damit, für den Vergleich bestehe hinreichender Anlaß bzw. der Vergleich diene der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses.

2) Der Meinungsstreit in der Rechtslehre

Unabhängig von der Rechtsprechung versuchte die Lehre frühzeitig, die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung in engen Grenzen zu halten, wenn nicht sogar ganz zu verbieten.
Kohler warnte vor einer Hervorhebung der eigenen Leistungen durch eine Niedrigstellung der Leistungen des Gegners. "Eine Abwägung ist Sache des Verkehrs, nicht Sache der Reklameparteien, von denen ja auch jede sich selbst sagen muß, daß sie befangen und nicht in der Lage ist, Richter in eigener Sache zu sein." [2] Kohler sah den Vergleich als Ausnahme an, der nur zulässig ist, wenn dem Werbenden die äußerste Sicherheit für die Wahrheit der Behauptungen auferlegt wird.

Lobe [3] wandte sich scharf gegen die Rechtsprechung und lehnte es ab, den guten Ruf der bekannten Arbeitsleistung des Mitbewerbers auszunutzen, um die Aufmerksamkeit auf die eigene weniger bekannte Ware zu lenken. Betrafen seine Ausführungen in erster Linie die anlehnende Werbung, so liegt in ihnen auch eine Kritik am kritisierenden Werbevergleich, da zu dieser Zeit anlehnende und vergleichende Werbung noch nicht deutlich getrennt wurden.
Lehmann [4] begrüßte in einer Anmerkung die Entscheidung des RG v. 11.3.1927 [5], die erstmals von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung sprach. Callmann [6] ließ den sachlichen Vergleich in engen Grenzen zwar zu, er neigt mit Kohler aber im Grundsatz zur Unzulässigkeit. Rosenthal erklärt klar, die Herabsetzung der fremden Ware sei unzulässig, selbst wenn die Richtigkeit der Angaben objektiv feststellbar sei [7].

---

1) BGH GR 64,34,35; NJW 64,2251; NJW 66,49.
2) MuW 16,128.
3) MuW 16,129.
4) JW 27,2002.
5) RGZ 116,277.
6) Anm. 70,71 zu § 1 UWG.
7) Anm. 39 zu § 1 UWG.

In der Folgezeit trat die Rechtslehre, beeinflußt durch die feste Rechtsprechung des RG und des BGH, fast geschlossen für das Verbot der vergleichenden Werbung ein [1]. Kritik an dieser Meinung übten zunächst Nolting-Hauff [2] und Schäfer [3], in neuerer Zeit Burhenne [4], der die Verfassungsmäßigkeit des Verbots in Frage stellte.

Diese Ausführungen wurden jedoch kaum beachtet. Es blieb Völp [5] vorbehalten, auf Schwächen der herrschenden Meinung hinzuweisen und mit seinen Angriffen das Startzeichen für einen Meinungsstreit gegeben zu haben, der in Rechtsprechung und Rechtslehre andauert. Sprach Völp im Jahre 1960 selbst davon, daß es fast einer Provokation gleichkomme, gegen das grundsätzliche Verbot vorzugehen [6], so gehört die Frage heute zu den umstrittensten Auslegungsproblemen zu § 1 UWG.

In zunehmendem Maße fand Völp Gleichgesinnte, die sich ebenfalls für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung aussprachen, insbesondere Schwamberger [7], Koenigs [8], Wenzel [9], Rinck [10], Tetzner [11], v. Lesigang [12], Antoni [13], Hartmann [14], Feldmann [15], Brinkmann [16], Gramm [17],

---

1) So Nerreter GR 33, 8; Bußmann ZAkDR 35, 843; H. Droste GR 51, 141; 53, 16; Reimer, Komm. Kap. 78 Anm. 11; Tetzner Anm. 128 zu § 1 UWG; v. Godin-Hoth Anm. 30 zu § 1 UWG; B.-Hefermehl (8. Aufl.) Anm. 22 ff zu § 1 UWG; Erman-Drees § 826 BGB Anm. 6 c bb; Sonderland Betr 51, 813; D. Reimer aaO S. 18.

2) GR 31, 346.

3) GR 37, 195.

4) NJW 51, 249.

5) WRP 60, 197; WRP 61, 135; BB 61, 113; NJW 61, 1916; WRP 62, 25; GR 62, 178; WRP 65, 125.

6) WRP 60, 197.

7) NJW 61, 1185; BB 61, 1222.

8) NJW 61, 1044.

9) NJW 62, 81.

10) BB 62, 105, Lehrb. S. 253.

11) NJW 62, 1087.

12) WRP 62, 283.

13) BB 62, 1171.

14) NJW 63, 517.

15) BB 63, 673.

16) WRP 63, 230, 268, 291 ff.

17) Palandt-Gramm (seit 23. Aufl.) § 826 BGB Anm. 8 u aa.

Markert [1], Schönherr [2], Meyer-Cording [3] und K. Droste [4]. Mindestens ebenso stark waren aber die Stimmen derer, die sich kritisch mit dieser Gegenmeinung auseinandersetzten. Leo [5], Spengler [6], Borck [7], Runge [8], Frey [9], Krieger [10], Greifelt [11], Hefermehl [12], Möhring [13], Moser von Filseck [14], Lutz [15], Martino [16], v. Gamm [17], v. Brunn [18] und Vogt [19] verteidigten das Verbot und kamen zu dem Ergebnis, daß eine Änderung der Rechtsprechung nicht geboten ist. Trotz der erheblichen Angriffe, die auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht geführt wurden [20] und zugleich ein lebhaftes Echo in der Tagespresse auslösten [21], hält die herrschende Lehre an dem Verbot der vergleichenden Werbung fest.

---

1) NJW 63,1525.
2) GR Ausl. 64,195.
3) JZ 64,312.
4) Betr 63,719; WRP 64,65; NJW 64,818.
5) WRP 60,293.
6) Wettb 60,75; MA 62,283; Betr 63,576; Betr 65,24; WRP 65,121.
7) WRP 61,1; 70.
8) NJW 61,1757.
9) WRP 62,71.
10) BB 62,240.
11) WRP 62,143; Wettb 64,1; Wettb 65,48; Wettb 64,34.
12) GR 62,612; aber weitgehend zugelassen bei B.-Hefermehl seit der 9. Aufl. § 1 UWG Anm. 37,51.
13) MA 62,969.
14) GR 63,182.
15) MA 63,632.
16) MA 64,129; MA 64,462.
17) aaO S. 77.
18) WRP 64,177.
19) MA 65,820.
20) Marzen ZfhwF 62,296; Kleemann Blick d.d. Wirtschaft v. 2.2.62 S. 5.
21) für vergleichende Werbung: "DM" Nr. 6/61 v. 20.11.61 S. 12 ff; Völp FAZ v. 1.11.60; HB v. 28.3.62; Fack FAZ v. 21.5.63; Hennings "Welt" v. 29.10.62; 7.2.63; 11.5.65; Bongard "Zeit" v. 5.4.63; "Zeit v. 8.5.64; dagegen: Hattemer HB v. 12.10.62; Schneider "Industriekurier" v. 12.12.63.

3) Zulässigkeit nach dem Bundeskartellamt

In einem stark beachteten Beschluß vom 28.3.1963 hat sich auch das BKartA zur vergleichenden Werbung ausdrücklich bekannt [1]. Diese Gelegenheit fand das BKartA bei der Entscheidung über die Eintragung einer Wettbewerbsregel nach § 31 Abs. 1 i.Verb.m. § 28 Abs. 2 GWB; danach kann das BKartA eine Regel bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot ablehnen.

Der Zentralverband des Kraftfahrzeughandels und -gewerbes hatte die Eintragung der Regel (§ 7) beantragt, es sei unlauter, "in Ankündigungen oder sonstigen Angeboten neuer Fahrzeuge darauf hinzuweisen, daß der Preis unter dem "Neupreis", "Listenpreis" oder einem anderen als üblich dargestellten Preis liegt".
Das BKartA ließ in dem Beschluß die Frage offen, ob es bei Preisgegenüberstellungen dieser Art an einem hinreichend bestimmten Mitbewerberkreis fehle. Dem BKartA lag mehr an einer grundsätzlichen Stellungnahme zur vergleichenden Werbung. Es entschied sich deutlich für die Zulässigkeit des Werbevergleichs und lehnte die Eintragung der genannten Regel ab, weil sie verbiete, was erlaubt sei, und daher den Wettbewerb nach § 1 GWB beschränke. An die herrschende Rechtsprechung und Rechtslehre war das BKartA entgegen dem Wortlaut des § 31 Abs. 1 GWB nicht gebunden, da die bisherige herrschende Meinung nicht mehr als gefestigt angesehen werden kann [2]. Von besonderem Interesse sind vor allem die Erwagungen, die das BKartA zu diesem Beschluß bewogen haben: die Kartellbehörde will die Rechtsfortbildung zur vergleichenden Werbung nicht behindern. Die Gerichte wären bei einer Eintragung dieser Regel präjudiziert, Preisvergleiche zu verfolgen. Verträge über das Verbot wären verbindlich und könnten vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden.
Die Bedeutung des Beschlusses liegt gerade darin, daß er ein beachtliches Präjudiz für die Gerichte in der Frage der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung geschaffen hat und Wegbereiter für einen Wandel der Rechtsprechung werden könnte.

---

1) BB 63,492; vgl. auch den zustimmenden Leitartikel von Fack "Zum Wettbewerb gehört der Preisvergleich" in FAZ v. 21.5.63; zustimmend ferner: Markert NJW 63,1525; Palandt-Gramm § 826 BGB Anm. 8 u aa; ablehnend Lutz MA 63,632; ZAW-Nachr. 10/63 Nr. 132 v. 20.5.63; abweichend beiläufig BKartA Betr 63,1284 m. Bezugn. a. B.-Hefermehl.

2) vgl. andererseits die kritische Stellungnahme von Benisch (Betr 63,955), der der Meinung folgt, die Pflege des Unlauterkeitsrechts gehöre nicht in den Zuständigkeitsbereich des BKartA; dieses müsse sich der Rechtsprechung unterordnen; vgl. auch Rundschreiben des BDI v. 7.5.63 S. 11; gegen das BKartA mit dieser Begründung auch Martino MA 64,129; kritisch auch v. Brunn WRP 64,178,181.

Der Einspruch, den der Verband gegen die Ablehnung dieser Wettbewerbsregel eingelegt hatte, wurde von der Einspruchsabteilung des BKartA mit der Entscheidung vom 30.12.63 zurückgewiesen. Das BKartA ließ jetzt die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der vergleichenden Werbung dahingestellt und vertrat die Ansicht, bei einem Vergleich des eigenen mit dem empfohlenen Preis liege keine Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber vor [1].

Der Kartellsenat des Kammergerichts bestätigte die Entscheidung der Einspruchsabteilung. Die Beschwerde des Verbandes wurde mit der Begründung zurückgewiesen, nur im Einzelfall sei bei Hinweisen auf den Richtpreis eine erkennbare Bezugnahme auf die Preisgestaltung bestimmter Mitbewerber zu bejahen. Eine Wettbewerbsregel, die jede Bezugnahme auf den Richtpreis ausschließe, könne nicht eingetragen werden [2].

Im Vorwort seines Tätigkeitsberichts für das Jahr 1964 [3] hat das BKartA erneut darauf hingewiesen, der Werbevergleich sei für die Aufklärung der Verbraucher und für den Leistungswettbewerb von erheblicher Bedeutung, die Zulassung der wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung durch eine Gesetzesänderung sei daher zu empfehlen.

II. AUSNAHMEN ZUM GRUNDSÄTZLICHEN VERGLEICHSVERBOT

Von der Rechtsprechung wird an dem Verbot der vergleichenden Werbung nicht starr festgehalten. Eine differenzierende Beurteilung der vielfältigen und wandelbaren Erscheinungsformen im modernen Wirtschaftsleben ist notwendig, da der Gesetzgeber mit der Einführung einer Generalklausel statt einer schematischen Gleichstellung stets die Bewertung des Einzelfalles im Sinn gehabt hat [4].

Nach der Rechtsprechung ist ein Werbevergleich bei hinreichender Veranlassung erlaubt. Das RG hat in ständiger Rechtsprechung drei Ausnahmen anerkannt: den Abwehrvergleich, den Vergleich auf Verlangen und den notwendigen Vergleich [5]. Aus den Entscheidungen des RG geht aber auch deutlich hervor, daß diese drei Ausnahmetatbestände keine abschließende Regelung darstellen, sondern nur beispielhaft genannt sind [6]. Zu einem Vergleich besteht eine hinreichende Veranlassung, wenn bestimmte Anforderungen in bezug auf Umfang,

---

1) Betr 64,146,147.
2) KG Betr 64,1694.
3) BTDrucks. IV/3752 S. 11; vgl. auch BB 65,962.
4) B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 54.
5) RG GR 44,154.
6) vgl. RGZ 143,365; RG GR 44,154 ("beispielsweise").

Form und Inhalt des Vergleichs erfüllt sind. Im einzelnen soll hierauf im Rahmen der Einzeltatbestände zurückgekommen werden.

1) Der Abwehrvergleich

Ein Werbevergleich ist zulässig, wenn er zur Abwehr eines unberechtigten Angriffs eines Mitbewerbers dient [1]. Der Abwehrvergleich ist die Reaktion auf einen Eingriff in den Interessenbereich des Wettbewerbers. Der Kunde ist einseitig beeinflußt worden; das dadurch entstandene Vorurteil soll korrigiert werden, ohne daß der Wettbewerber daraus über den Ausgleich der erlittenen Beeinträchtigung hinausgehende Vorteile zieht. Dem Abwehrvergleich liegt der Gedanke der Notwehr nach § 227 BGB zugrunde. In der Rechtslehre ist streitig, ob hier der Notwehrbegriff des § 227 BGB direkt oder entsprechend anzuwenden ist [2] oder ob eine von § 227 BGB gelöste Auslegung den Erfordernissen des Wettbewerbsrechts besser gerecht wird [3].
Eine größere Bedeutung kommt diesem Meinungsstreit jedoch nicht zu, da sich in der Rechtsprechung eine Verbindung beider Auffassungen feststellen läßt. Einerseits wurden in den Entscheidungen die Gegenwärtigkeit und Erforderlichkeit geprüft und § 227 BGB ausdrücklich herangezogen [4], andererseits wurde aber nicht verkannt, daß diese Kriterien im Wettbewerbsrecht teils enger, teils aber auch weiter ausgelegt werden müssen. Von einem gegenwärtigen Angriff kann wegen andauernder Nachwirkungen bisweilen noch nach mehreren Monaten gesprochen werden; auf der anderen Seite sind an die Erforderlichkeit der Abwehrhandlung strengere Anforderungen zu stellen, da der Angriff nicht eine Sofortreaktion erfordert, sondern erst nach längerer Überlegungszeit abgewehrt wird [5]. Auch außerhalb des Wettbewerbsrechts wird anerkannt, daß die Abwehrhandlung nicht außer Verhältnis zu dem drohenden Schaden stehen darf [6].

---

1) B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 49 m. weit. Angaben.
2) Reimer, Komm. Kap. 113 Anm. 2; Tetzner Vorb. Anm. 67; Koehne MuW 32,66; Erichsen GR 58,430; Seubert BB 60,966; Joetze aaO S. 146 ff.
3) BGH GR 60,195,196; B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 235; von Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 33; Droste WuW 54,511.
4) RG GR 44,35 sowie die ausführlichen Nachweise über diese Tendenz in der Rechtsprechung bei Erichsen GR 58,429.
5) vgl. Droste WuW 54,512; B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 235.
6) Enneccerus-Nipperdey II § 240 II 4; vgl. auch Erichsen GR 58,431; Seubert BB 60,966.

Die Herabsetzung der Leistung des Mitbewerbers ist aber nur zulässig, wenn sie zum Zwecke der Abwehr unumgänglich notwendig ist. Die Behauptungen müssen als taugliches und adäquates Mittel zur Abwehr angesehen werden können [1]; es muß zu erwarten sein, daß sich die nachteiligen Folgen des Angriffs mildern oder abwenden lassen [2]. Erforderlich ist ein erkennbarer Zusammenhang zwischen dem Angriff und der Abwehrhandlung [3]. Die Abwehr braucht nicht gleichartig zu sein [4], muß aber doch erkennen lassen, daß die Handlung allein die Reaktion auf den vorangegangenen Angriff darstellt und diesen widerlegen will [5].

Ferner darf dem Mitbewerber keine andere wirksame Möglichkeit offenstehen, dem Angriff zu begegnen. Auf den Gerichtsweg braucht sich der Angegriffene in der Regel nicht verweisen zu lassen. Die gerichtliche Hilfe ist nicht ausreichend, wenn sie zu spät kommt oder den Schaden nicht im gleichen Umfang wiedergutmachen kann. Selbst durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung wird die Entstehung weiteren Schadens nicht verhindert, da der Angriff noch lange nachwirkt. Zur Verteidigung muß dem Angegriffenen daher die Gegenwerbung zugestanden werden [6].

Der Abwehrvergleich muß aber auch die Grenzen der Wahrheit und Sachlichkeit einhalten [7]. Der Abwehrvergleich ermöglicht zwar ein Verhalten, das für sich betrachtet unlauter ist. Wenn das RG ausführt, daß keine Mittel angewendet werden dürfen, die an sich unlauter sind [8], so will es damit zum Ausdruck bringen, daß alles zu vermeiden ist, was zur Abwehr des Angriffs nicht unbedingt erforderlich ist. Der Abwehrvergleich darf daher nicht zu einer unnötigen Herabsetzung des Konkurrenten führen [9]. Die Grenzen der Sachlichkeit bestimmen sich nach der Form des Angriffs.

---

1) RG GR 35,959; BGH GR 57,24.
2) RG GR 38,267; RG GR 43,254.
3) BGH GR 54,341; RG GR 32,1202; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 49; Reimer Komm. Kap. 113 Anm. 4.
4) RG GR 43,182; OLG Hamburg WRP 55,135; Erichsen GR 58,428; aA RG GR 35,449; v. Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 33; D. Reimer aaO S. 130.
5) RG GR 32,1202; RG GR 43,254; aA OLG Bamberg GR 53,258.
6) Droste WuW 54,514; D. Reimer aaO S. 130; einschränkend jedoch RG GR 33,251; RG GR 41,130.
7) RG GR 34,754; GR 38,267; GR 40,166.
8) RG GR 32,89; GR 38,267.
9) RG GR 41,130; Tetzner Vorb. Anm. 67.

2) Der Vergleich auf Verlangen

Der Werbevergleich ist ferner zulässig, wenn der Kunde ausdrücklich den Wunsch geäußert hat, über die Leistungen des Mitbewerbers unterrichtet zu werden [1].

Es ist dem Wettbewerber nicht zuzumuten, den Kunden an eine neutrale Stelle zu verweisen, die vielfach die Güte der Waren nur unvollkommen beurteilen kann. Die Verbände oder die Kammern kennen zwar in der Regel die persönlichen Verhältnisse der Mitglieder, ob sie aber einen richtigen Vergleich zwischen den Leistungen der Mitgliederfirmen ziehen und darüber Auskunft geben können, erscheint zweifelhaft [2]. Es ist auch Reimer [3] zu widersprechen, der vom Standpunkt eines anständigen Kaufmanns aus die Verweisung des anfragenden Kunden an einen unbeteiligten Dritten empfiehlt. Der Kaufmann, der nach diesen Grundsätzen handelt, verliert mit Sicherheit viele Kunden, da der Anfragende sich in aller Regel nicht der Mühe unterziehen wird, die Auskunft einzuholen, sondern glauben wird, der Kaufmann habe schon seine Gründe, weshalb er seine Leistung mit den Konkurrenzerzeugnissen nicht vergleiche. Wer diesen Anschein nicht zu erwecken sucht, handelt nicht dem Standpunkt eines anständigen Kaufmanns zuwider.

Der Vergleich hat sich jeder Herabsetzung zu enthalten und muß wahr sein. Es reicht nicht aus, wenn der Werbende gutgläubig eine unrichtige Auskunft erteilt. Die Überzeugung von der Wahrheit würde den Konkurrenten nicht genügend schützen. Wird der Werbende zu einem Vergleich aufgefordert, muß die Nachprüfbarkeit dieses Urteils dadurch gewährleistet sein, daß er die Gründe angibt, die ihn zu dieser Bewertung geführt haben [4].

Das Auskunftsverlangen muß ausdrücklich von dem Kunden ausgegangen sein. Unzulässig ist der Vergleich, wenn der Werbende indirekt Anlaß zu entsprechenden Fragen des Kunden gegeben hat [5]. Selbstverständlich ist, daß auch nicht auf die Möglichkeit hingewiesen werden darf, die eigene Leistung könne mit den Konkurrenzprodukten verglichen werden, wenn der Kunde dies verlange. Andernfalls wäre einer Umgehung des Verbots der vergleichenden Werbung Tür und Tor geöffnet. Der Wunsch nach einem Vergleich muß ausdrücklich allein

---

1) RG GR 38,57; GR 42,366; BGH GR 57,24; GR 59,491.

2) RG GR 38,57, GR 42,366; Culemann JW 37,690; Droste GR 51,143; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 50; aA noch RG GR 37,240; Culemann JW 37,313.

3) D. Reimer aaO S. 140.

4) RG GR 38,57; Culemann JW 37,690.

5) RG GR 40,312; Droste GR 51,144; Seubert BB 60,967.

vom Kunden kommen. Ist über ein bestimmtes Erzeugnis ein Warentest veröffentlicht worden und hat der Hersteller den Kunden auf diesen Test hingewiesen, so reicht das Verlangen des Kunden, Näheres über das Abschneiden der Konkurrenten sowie die Bewertung der eigenen Leistung zu erfahren, nicht aus, um den Vergleich zu rechtfertigen. Der Hersteller hat durch den Hinweis auf den Test indirekt das Auskunftsverlangen des Kunden veranlaßt.

Die Auswertung eines Warentests durch den Einzelhandler ist jedoch anders zu beurteilen als der Hinweis des Herstellers auf einen Warentest. Der Einzelhandler handelt nicht wettbewerbsfremd, wenn er ohne eine ausdrückliche Aufforderung des Kunden die von ihm geführten Waren verschiedener Hersteller wahrheitsgemäß und sachlich vergleicht. Ein Vergleich von Waren des eigenen Sortiments gehört zu den Grundfunktionen des Einzelhandels, da der Kunde eine solche Beratung gerade erwartet [1].
Der Einzelhändler ist daher auch berechtigt, von sich aus den Kunden auf einen Warentest insoweit hinzuweisen, als er sich auf von ihm geführte Waren bezieht. Handelt es sich dagegen um einen Vertragshändler, ein Versandgeschäft oder einen Händler mit Alleinvertriebsrecht, der nur seine Marke führt, ist die Verwertung des Warentests im gleichen Maße als vergleichende Werbung anzusehen, als sei sie vom Hersteller ausgegangen [2].

Der Umfang der Auskunft ist zu begrenzen, da dem Ausnahmetatbestand der Gedanke zugrunde liegt, Zurückhaltung zu üben [3]. Eine Anfrage über die eigene Leistungsfähigkeit darf nicht zu näheren Auskünften über die Konkurrenz führen [4].

Fraglich ist jedoch, wie bestimmt die Anfrage sein muß. Der Ansicht, die Auskunft müsse sich auf bestimmte Mitbewerber und Eigenschaften der Leistungen beziehen [5], kann in dieser allgemeinen Form nicht zugestimmt werden. Kennt der Kunde die Mitbewerber nicht, ist auf eine dahingehende Frage der Werbende berechtigt, diese zu benennen. Zeigt der Kunde darüber hinausgehend Interesse an der Gegenüberstellung der Leistungen der Konkurrenten mit der eigenen Leistung, ist nicht einzusehen, warum ein allgemeines Verlangen dieser Art keinen

---

1) BGH NJW 63,109.
2) vgl. Giefers WRP 64,293.
3) RG GR 37,289; BGH GR 57,24; OLG Celle MDR 56,746; Tetzner Anm. 132 zu § 1 UWG; B.-Hefermehl Anm. 50 zu § 1 UWG.
4) BGH GR 57,24: die Nachfrage nach den eigenen Fachkräften berechtigt nicht zu der Auskunft, daß dieselben früher beim Konkurrenten beschäftigt waren.
5) BGH GR 59,491; B.-Hefermehl Anm. 50 zu § 1 UWG; Droste GR 51,144; Bußmann-Droste aaO S. 60.

Rechtfertigungsgrund abgibt. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Kunde sachkundig genug ist, konkrete Fragen zu stellen. Ist der Wunsch des Kunden, über die Konkurrenzleistungen aufgeklärt zu werden, deutlich erkennbar, ist der Vergleich zulässig, unabhängig davon, ob der Kunde sein Interesse an den Leistungen der Mitbewerber konkret oder allgemein bekundet hat [1].

3) Der notwendige Vergleich

Die dritte allgemein anerkannte Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung ist der notwendige Vergleich. Der Vergleich mit den Waren der Mitbewerber ist zulässig, wenn er zur Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden technischen Unterschieds (Fortschritts) zwingend notwendig ist [2].

Da die Rechtsprechung die Grundlagen des notwendigen Vergleichs schon bei Erörterung des Systemvergleichs anerkannt hat, läßt sich dieser Ausnahmetatbestand als Fortentwicklung des Systemvergleichs kennzeichnen. In zahlreichen Entscheidungen legte das RG dar, daß es bei neuen technischen Erzeugnissen zu einer ungesunden Hemmung des Fortschritts führen mußte, wenn die Öffentlichkeit auf diese Neuerung nicht durch einen Vergleich mit dem bisherigen Stande der Technik hingewiesen werden dürfte [3]. Diese erwähnten Entscheidungen tendieren zu einer gerechtfertigten Erweiterung des Systemvergleichs; in der ausdrücklichen Anerkennung des notwendigen Vergleichs hat diese Entwicklung ihren vorläufigen Abschluß gefunden. Das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit an der technischen Weiterentwicklung sowie das Interesse des Unternehmers, den Fortschritt werbewirksam auszunutzen, haben den Vorrang vor dem geringer zu bewertenden Interesse des Mitbewerbers, in der Werbung nicht als Mittel zur Absatzförderung verwendet zu werden. Diese Entwicklungsgeschichte macht aber auch deutlich, daß die Grenzen des notwendigen Vergleichs vom Systemvergleich schwer zu bestimmen sind. Dies zeigt auch die Rechtslehre, die vielfach als notwendigen Vergleich einordnet, was das RG als systemvergleichende Werbung gerechtfertigt hat [4]. Auf diese Abgrenzung wird später zurückgekommen werden.

---

1) Seubert BB 60,960.

2) vgl. BGH GR 52,417; GR 58,345; GR 61,90;
aA v. Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 32, die einmal den notwendigen Vergleich als Oberbegriff des Vergleichs auf Verlangen ansehen, andererseits einen Vergleich, der auf die Fortentwicklung der Technik hinweist, nicht zulassen.

3) RG GR 33,258; GR 37,946; GR 40,54; GR 40,306; GR 40,310; GR 44,154.

4) Reimer, Komm. Kap. 78 Anm. 11; Droste GR 51,142.

Der Ausnahmetatbestand setzt zunächst einen objektiv erreichten technischen Fortschritt voraus, der zu veranschaulichen ist. Die Rechtsprechung des RG hatte von der Verdeutlichung des wirtschaftlichen oder technischen Fortschritts gesprochen [1]; vom BGH wurde diese Ansicht zunächst nicht übernommen und allein auf den technischen Unterschied (Fortschritt) abgestellt [2].

Was unter einem Fortschritt in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, blieb bis jetzt ungeklärt [3]. Eine technische Neuheit im Sinne des Patent- und Musterrechts wird nicht zu verlangen sein, da für den Wettbewerber beim notwendigen Vergleich vor allem die gewinnbringende Verwertung des Fortschritts bedeutsam ist. Erscheint eine gewerbliche gewinnbringende Verwertung der Neuheit nicht offensichtlich ausgeschlossen, wird den an den Fortschrittsbegriff zu stellenden Anforderungen entsprochen [4]. Eine Erfindungshöhe im Sinne des Patentrechts braucht nicht vorzuliegen. Andererseits muß eine tatsächliche Neuerung gegenüber dem bisherigen Stand der Technik zu bejahen sein. Es genügt daher nicht der Hinweis, daß man im Gegensatz zum Mitbewerber keine Veränderungen vorgenommen habe, wie es von Wenzel [5] vertreten wird. Auf die Unveränderlichkeit der Ware darf im Rahmen eines Systemvergleichs, möglicherweise auch eines Abwehrvergleichs hingewiesen werden, da dieser sowohl den Anhängern des älteren wie des neueren Systems vorbehalten sein muß [6].

Der Vergleich muß weiterhin unumgänglich notwendig sein. Kann durch einen weniger werbewirksamen Hinweis die technische Neuerung verdeutlicht werden, ist die Bezugnahme unzulässig [7]. Es ist aber selbst die ausdrückliche Benennung des Konkurrenten zulässig, soweit dies zur Aufklärung der Allgemeinheit notwendig erscheint [8]. Kann der technische Fortschritt durch eine Gegenüberstellung der Systeme deutlich gemacht werden, ist die Bezugnahme verboten und der Werbende allein zum Systemvergleich berechtigt. Da diese zwingende Notwendigkeit gerade der entscheidende Faktor des zulässigen Vergleichs ist, empfiehlt es sich, den Begriff des notwendigen Vergleichs dem vielfach verwandten Begriff "Fortschrittsvergleich" vorzuziehen [9].

---

1) RG GR 44, 154.

2) vgl. o. S. 38 Anm. 2.

3) auf diesen Gesichtspunkt hat Wenzel NJW 62, 82 zum ersten Mal in der Rechtslehre hingewiesen.

4) vgl. hierzu ausführlich Diedrich aaO S. 72 ff, der die Voraussetzungen für die Patentfähigkeit im einzelnen daraufhin untersucht, ob sie notwendig sind, um einen Fortschritt bejahen zu können.

5) NJW 62, 83; ähnlich Heydt GR 61, 92.

6) OLG Bamberg GR 53, 257; D. Reimer aaO S. 80.

7) Seubert BB 60, 967; einschränkend B. -Hefermehl § 1 UWG Anm. 53 (seit 9. Aufl.).

8) BGH GR 58, 345; Völp BB 61, 113.

9) Diedrich aaO S. 65; Heydt GR 61, 92.

Der notwendige Vergleich darf letztlich die Mitbewerber nicht mehr beeinträchtigen, als es zur Aufklärung der Allgemeinheit über den Fortschritt unbedingt notwendig ist. Die Werbung hat die Grenzen der Wahrheit und Sachlichkeit zu wahren und persönliche Spitzen gegen den Mitbewerber zu vermeiden. 1)

4) Die Alleinstellungswerbung

a) Begriff und Abgrenzung

In den Bereich der zulässigen vergleichenden Werbung könnte ferner die wahre alleinstellende Reklame fallen. Der in der Literatur vielfach gebrauchte Begriff der Superlativ-Werbung oder -Reklame 2) wird heute allgemein als Unterfall der alleinstellenden Werbung verstanden 3) der Werbende kann auf eine von den Konkurrenten unerreichte Sonderstellung nicht nur durch den Superlativ, sondern ebensogut durch Verwendung des bestimmten Artikels, eines besonderen Satzbaues, einer bildlichen Darstellung, oder auch eines Komparativs hinweisen 4).

Die Alleinstellungswerbung wird von den Gerichten meist nur unter dem Gesichtspunkt der irreführenden Werbung nach § 3 UWG untersucht 5). Auf die Fragen, die in diesem Zusammenhang entstehen 6), braucht hier nicht eingegangen zu werden. In großem Umfang hat die Rechtsprechung insoweit anerkannte Auslegungsgrundsätze entwickelt.

Weitgehende Rechtsunsicherheit besteht aber bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Alleinstellungswerbung als vergleichende Werbung nach § 1 UWG unzulässig sein könnte.

Als alleinstellende Werbung ist die Werbeaussage aber nur zu beurteilen, wenn es sich nicht um sog. marktschreierische Werbung handelt.

In der Rechtsprechung hat sich bei dieser Abgrenzungsfrage ein strenger Beurteilungsmaßstab durchgesetzt 7). Nur wenn das Publikum schon bei flüchtiger

---

1) RG GR 44,154; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 54-56.

2) z.B. Tetzner JZ 53,205; NJW 56,1900; Arras NJW 54,1910; Droste Betr 54,736; Spengler, Wettbewerb S. 130; Reimer Komm. Kap. 78 Anm. 13 v. Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 30 e; Bock aaO S. 3 ff.

3) aA Arras NJW 54,1910, der Superlativ- und Alleinstellungswerbung gleichsetzt.

4) vgl. Simon WuW 56,49; v. Bernsdorff WRP 61,298; Cyrus GR 61,11,12.

5) vgl. BGH GR 57,600.

6) vgl. Cyrus GR 61,12; Spengler Betr 63,575.

7) RG GR 33,580 (Kaffee-Hag-Urteil); anders noch RG MuW 31,570 (Odol).

Betrachtung die Übertreibung erkennen kann, ohne besondere Erwägungen und Nachforschungen anstellen zu müssen, kann von marktschreierischer Werbung gesprochen werden. Ein strenger Bewertungsmaßstab ist erst recht erforderlich, wenn die Alleinstellung sich auf nachprüfbare Angaben über die Beschaffenheit der Waren bezieht, da diesen ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht wird [1].

Die abweichende Ansicht von Tetzner [2], der sich dagegen wendet, die Abgrenzung allzu streng durchzuführen, wird der Tatsache nicht gerecht, daß im Interesse der seriösen Werbung ein gewisses Mindestniveau zu halten ist, wenn das skeptische Publikum nicht jedes Vertrauen zur Werbung verlieren soll. Der seriösen Werbung würde jede Werbewirkung genommen, wenn Übertreibungen weitgehend mit dem Hinweis auf marktschreierische Werbung gerechtfertigt werden könnten.

b. Alleinstellungswerbung als vergleichende Werbung

Ist die Alleinstellungswerbung früher allgemein zugelassen worden, wenn der Werbende den Beweis für seine Behauptung angetreten hatte [3], so wird diese Form der Werbung heute vielfach als unzulässig angesehen, weil sie unter das Verbot der vergleichenden Werbung falle. Um festzustellen, ob die Alleinstellungswerbung in den Bereich der vergleichenden Werbung eingeordnet werden kann, soll der Meinungsstreit in Rechtsprechung und Rechtslehre über das Verhältnis zur vergleichenden Werbung im folgenden näher erörtert werden; zugleich könnten sich hieraus auch Anhaltspunkte für die Bewertung der vergleichenden Werbung ergeben.

Die erste Frage, die sich stellt, geht dahin, ob in der Alleinstellung eine Bezugnahme auf den Mitbewerber enthalten ist. Aus der Begriffsbestimmung der alleinstellenden Werbung ergibt sich deutlich, daß hier eine Sonderstellung herausgestellt wird, die anderen Unternehmen nicht zukommt. In der Betonung dieser Alleinstellung liegt zugleich der Hinweis auf wenigstens einen Konkurrenten, gegenüber dem der Werbende in bestimmter Beziehung überlegen ist. Notwendigerweise ist jeder Alleinstellungswerbung somit eine Bezugnahme immanent [4].

---

1) OLG Düsseldorf Betr 63,1640; B.-Hefermehl § 3 UWG Anm. 19; Reimer Komm. Kap. 86 Anm. 6; Droste GR 53,16; Betr 54,736; Sonderland BB 53,959.

2) JZ 53,206; JR 55,121; vgl. auch Simon WuW 56,50; Spengler Betr 63,574.

3) vgl. RG GR 40,379; aus RG GR 38,64 läßt sich keine andere Beurteilung entnehmen, da hier der Mitbewerber ausdrücklich genannt war.

4) Cyrus GR 61,14 mit weiteren Hinweisen; Höfer WRP 61,206; Frey WRP 62,68; Simon WuW 56,51; aA Borck WRP 61,75, der jedoch lediglich die Terminologie angreift und anstelle von "Bezugnahme" den Ausdruck "Bezug" setzt.

Als vergleichende Werbung könnte die Alleinstellungswerbung jedoch nur beurteilt werden, wenn diese Bezugnahme die Mitbewerber deutlich erkennen läßt, wenn der Vergleich konkret genug ist und gezielt wirkt. Diese oben angeführte Voraussetzung jeder vergleichenden Werbung wird aber bei Beantwortung der Frage, ob in einer Alleinstellung ein unzulässiger Werbevergleich liegt, vielfach nicht konsequent eingehalten.

Nach der Ansicht von v. Bernsdorff [1] und Spengler [2] erfüllt eine Alleinstellungswerbung regelmäßig den Tatbestand der vergleichenden Werbung [3]. Hiergegen muß eingewandt werden, daß nicht einzusehen ist, warum die Anforderungen an einen Vergleich, der in einer Superlativwerbung enthalten ist, geringer sein sollen. Die Wettbewerbswidrigkeit liegt doch gerade darin, daß konkrete Mitbewerber betroffen sind. Eine Bezugnahme auf die gesamte Konkurrenz, wie sie in der Hervorhebung einer Sonderstellung zum Ausdruck kommt, ist nicht konkret genug.

Auch die Urteile des LG München "Deutschlands größte Illustrierte" [4] wie des LG Köln "Größtes Fachgeschäft am Platz" [5] bejahen die Erkennbarkeit allzu leicht. Die Gruppe der übrigen deutschen Illustrierten ist nicht bestimmt genug. Die ortsansässigen Fachgeschäfte sind in einer Kleinstadt zweifellos erkennbar betroffen; ob diese Auslegung aber auch auf eine Großstadt wie Köln zutrifft, erscheint bedenklich.

Nach weitverbreiteter anderer Ansicht fällt eine Alleinstellungswerbung daher nur unter das Vergleichsverbot, wenn über die generelle Bezugnahme auf die Konkurrenz hinausgehende besondere Umstände vorliegen, die auf einen oder mehrere Mitbewerber deutlich hinweisen [6].
Diese Ansicht ist insoweit zutreffend, als sie konsequent die Grundsätze anwendet, die für die Beurteilung der vergleichenden Werbung gelten und in der Recht-

---

1) WRP 61,299 ff.

2) Wettbewerb S. 130 "es ist nicht zu verkennen, daß jede Alleinstellungswerbung zugleich eine kritisierende vergleichende Werbung enthält".

3) für diese Meinung lassen sich die von Spengler (Betr 63,576) erwähnten Entscheidungen nicht anführen, da in diesen Fällen stets auf die Erkennbarkeit der Bezugnahme abgestellt wurde.

4) GR 55,594.

5) WRP 55,23.

6) Droste GR 53,18 (eingeschränkt MA 59,643); Arras NJW 54,1912; Borck WRP 61,75; Höfer WRP 61,209; Frey WRP 62,69; D. Reimer aaO S. 52; OLG München GR 59,50; LG Stuttgart GR 55,56; Einigungsstelle der IHK München BB 55,431; vom BGH GR 61,90 offengelassen.

sprechung ihren Ausdruck gefunden haben. Andererseits bleiben nach dieser Meinung die erheblichen Unterschiede unberücksichtigt, die zwischen einer Werbung in Komparativform sowie zwischen einer Werbung, die sich einer Alleinstellung bedient, in tatsächlicher Hinsicht bestehen. Die Alleinstellungswerbung stellt die Vorteile der eigenen Leistung in den Vordergrund. Die vergleichende Werbung weist auf die Güte der eigenen Leistung hin und setzt diese in Bezug zu den Leistungen der Konkurrenz. Der Vergleich liegt bei der Alleinstellungswerbung entfernter. Wird dem Verbraucher bei der vergleichenden Werbung ein fertiger Vergleich angeboten, bleibt es ihm bei der Alleinstellungswerbung selbst überlassen, den Vergleich zu ziehen und eine Bewertung der verglichenen Leistungen vorzunehmen. Mit Recht wird daher von der Verwässerung des Aggressivitätsgehalts gesprochen, da der Vergleich nur eine Nebenwirkung ist [1].

Die Auffassung, daß wahre Alleinstellungen, die keinen offenen Angriff gegen Mitbewerber beinhalten, nicht als vergleichende Werbung beanstandet werden können, wird auch der Tatsache gerecht, daß offensichtlich unrichtige Superlative als marktschreierische Werbung hingenommen werden. Es wäre demgegenüber ein offenbares Mißverhältnis, wenn wahre nachprüfbare Tatsachenbehauptungen, die auf echter Leistung beruhen, deshalb unzulässig wären, weil sie in die Form einer alleinstellenden Werbung gekleidet sind [2]. Die generelle Unzulässigkeit von Alleinstellungswerbungen, die einen konkreten Bezug zu Mitbewerbern aufweisen, erscheint daher bedenklich. Aus den vorerwähnten Gründen wird mit unterschiedlichen Begründungen versucht, das Verbot bei erkennbarer Bezugnahme einzuschränken.

V. Rützen-Kositzkau [3] und Droste [4] suchen dies dadurch zu erreichen, daß sie nur ausnahmsweise eine erkennbare Bezugnahme in der alleinstellenden Werbung erblicken. Auch bei wenigen Konkurrenten wird ein gezielter Vergleich abgelehnt, wenn sich nicht "in deutlicher Weise dem Publikum offensichtlich zeigt, daß der Werbesatz nur dem Zwecke dient, auf die Nachteile des oder der Mitbewerber angriffsmäßig hinzuweisen" [5]. V. Rützen-Kositzkau kommt im Ergebnis dazu, daß er die besonderen Umstände, die zu einer Konkretisierung des Vergleichs führen, darin sieht, daß der Mitbewerber ausdrücklich genannt wird oder der Vergleich auf diesen besonders angedeutet ist. So verneint er einen erkennbaren Vergleich bei der Werbung "der beste" bejaht ihn bei der Werbung "von allen der beste" [6]. Wenn auch zugegeben werden muß, daß hier der Vergleichscha-

---

1) Tetzner NJW 56,1902; Cyrus GR 61,17.
2) Simon WuW 56,51.
3) NJW 55,330; WRP 56,1; 56,61.
4) MA 59,646; früher aA GR 53,18.
5) v. Rützen-Kositzkau WRP 56,64.
6) WRP 56,63.

rakter stärker im Vordergrund steht, so besagt die Werbung nichts anderes, da ein Superlativ stets unausgesprochen die Behauptung enthält, diese Ware sei konkurrenzlos. Ein unterschiedlicher Bewertungsmaßstab läßt sich aus dieser Ansicht nicht gewinnen.

Eine andere verbreitete Auffassung will eine Einschränkung dadurch erreichen, daß sie auf die Werbewirkung abstellt.
V. Godin-Hoth [1] halten die Alleinstellungswerbung für zulässig, wenn "die in den Superlativ gekleidete richtige Angabe offenkundig oder allgemein bekannt ist". Der Vergleichscharakter wird hier verneint, weil der Kunde an Mitbewerber nicht denkt und ein Vergleichsobjekt nicht sucht, da er nichts Neues erfährt.
Auf ähnlicher Linie liegt die oben schon angeführte Argumentation von Tetzner [2], daß der Vergleich verwässert werde, weil ein Vergleichsobjekt nicht angegeben werde. "Der Vergleichscharakter wird verschleiert, er liegt nicht in der vordersten Werbewirkung." Tetzner will daher die Werbung "größtes" oder "ältestes" zulassen, weil es am herabsetzenden Inhalt und somit an einer Diskriminierung der Mitbewerber fehle.

Ähnlich argumentiert H.D. Bock [3], der die alleinstellende Werbung in Beziehung zum zulässigen Systemvergleich setzt, da in beiden Fällen nachteilige wirtschaftliche Folgen für die betroffenen Konkurrenten unvermeidlich sind. Mit dieser Gegenüberstellung will er aufzeigen, daß der Vergleichscharakter hier erst recht weitgehend verwässert wird, da der alleinstellenden Werbung die Aggressivität des Systemvergleichs fehlt.

Wie Tetzner und Bock verneinen auch Hefermehl [4], Sonderland [5], das LG Köln [6] und die Einigungsstelle der IHK München [7] eine aggressive Bezugnahme bei Werbungen wie "ältestes" oder "größtes". Die Betonung liege auf der Spitzenstellung und nicht auf dem Verhältnis zu den Mitbewerbern. Der Verkehr sei an der Unterrichtung besonders interessiert, weil er sich diese Kenntnis nicht selbst durch einen Vergleich verschaffen könne.
Auch der BGH [8] neigt in seiner neuesten Rechtsprechung dieser Meinung zu.

---

1) Anm. 30 e zu § 1 UWG.
2) NJW 56,1902.
3) aaO S. 95,96.
4) in B.-Hefermehl § 3 UWG Anm. 46; vgl. auch § 1 UWG Anm. 36.
5) BB 53,960.
6) WRP 55,23.
7) Gutachten v. 4.4.56 "Deutschlands größtes Kinder-Spezialhaus" Wettb 56,74.
8) GR 64,36; GR 65,365; Wettb 66,25; vgl. ebenso OLG Stuttgart BB 65,721.

Das vergleichende Element stelle in der Regel nur eine Nebenerscheinung der Alleinstellung dar. Das Verbot der vergleichenden Werbung greife nicht ein, wenn die Werbung, die nicht gegen bestimmte Mitbewerber gerichtet ist, von den Verbrauchern gedanklich auf Mitbewerber bezogen werden könne.

Die Unterscheidung nach der Vergleichswirkung zu treffen, ist viel zu unbestimmt. Mit Sicherheit läßt sich selten feststellen, ob dieser Superlativ allgemein bekannt ist oder ob eine Alleinstellung diskriminierend wirkt. In jeder Alleinstellung liegt indirekt eine Bezugnahme auf die Mitbewerber, die diese Sonderstellung nicht innehaben, da keine Werbung "im luftleeren Raum steht" [1]. Die Beurteilung sollte daher nicht von der Werbeintensität ausgehen. Im übrigen erscheint es bedenklich, besondere Superlative aus der allgemeinen Regelung der Alleinstellungswerbung herauszunehmen, zumal die Werbung "größtes" sehr umfassend ist, da sie sich nicht nur auf Umsatz und Betriebsgröße, sondern auch auf die Leistungsfähigkeit beziehen kann [2]. In der Ausdruckskraft kommt diese Werbung anderen Superlativen, die nach dieser Meinung unzulässig waren, gleich. Eine klare Grenze kann diese Ansicht daher nicht ziehen.
Nach einer weiteren Meinung ist die Alleinstellungswerbung nicht als vergleichende Werbung zu beanstanden, wenn die Wahrheit nachgewiesen wird [3].

Hiergegen ist einzuwenden, daß die Wahrheit der Werbung zwar zur Beurteilung der Irreführung nach § 3 UWG entscheidend ist, daß sie aber nie einem Werbevergleich allein zur Zulässigkeit verhelfen kann. Nach der Rechtsprechung ist nicht nur der unrichtige Werbevergleich unzulässig; verboten ist ebenso der wahre und sachliche Vergleich. Die Alleinstellungswerbung, die erkennbar auf Mitbewerber hinweist, unterliegt dem Verbot der vergleichenden Werbung, selbst wenn sie wahr ist [4].
Nach den bisher dargestellten Meinungen ergibt sich zunächst, daß ein in der Alleinstellung enthaltener Vergleich zu Konkurrenten rechtlich in den Tatbestandskomplex der vergleichenden Werbung einzuordnen ist. Andererseits hat sich aber auch gezeigt, daß ein starkes Bedürfnis der Praxis bemerkbar ist, das

---

1) Cyrus GR 61,19; vgl. auch Frey WRP 62,70.
2) vgl. z.B. Tetzner JZ 62,275 zum Urteil des OLG Bremen; auch OLG Frankfurt WRP 61,187.
3) OLG Hamburg GR 53,533; OLG Stuttgart GR 55,52; zweifelhaft BGH GR 57,285, der die Alleinstellungswerbung nur unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG geprüft und gebilligt hat; ähnlich OLG Frankfurt WRP 61,186; diese Ansicht vertreten auch Naue-Röttger, Schmidt und Jonas, zit. nach Cyrus GR 61,16.
4) OLG München GR 59,50; D. Reimer aaO S. 53; Cyrus GR 61,17.

strenge Verbot jeder Alleinstellungswerbung aufzulockern. Die in Rechtslehre und Rechtsprechung vorgeschlagenen Einschränkungen sind aus dogmatischen Gesichtspunkten nicht haltbar.

Die Zulässigkeit der wahren Alleinstellung ließe sich aber dogmatisch einwandfrei begründen, könnte man die Alleinstellungswerbung als Ausnahme zum grundsätzlichen Vergleichsverbot ansehen, wie es von Spengler [1], Simon [2], Cyrus [3], Borck [4] und v. Bernstorff [5] befürwortet wird. Ein Ausnahmetatbestand liegt vor, wenn für die Werbung "eine hinreichende Veranlassung" gegeben ist [6].

Es besteht zunächst ein Bedürfnis, die Sonderstellung mitzuteilen [7]. Auf der Seite des Werbenden läßt sich ohne Schwierigkeiten ein erhebliches Interesse daran feststellen, die Öffentlichkeit über den von ihm erlangten konkurrenzlosen Rang aufzuklären. Spitzenstellungen von Bedeutung sind eine Ausnahme; sie prägen sich leicht ein und sind damit sehr werbewirksam. Das Interesse des Werbenden, die Sonderstellung bekanntzugeben, liegt daher auf der Hand.

Dazu muß aber das Interesse der Allgemeinheit treten, über Sonderstellungen unterrichtet zu werden. Aus der Tatsache, daß beachtliche Sonderstellungen auf überdurchschnittliche Leistungen hindeuten und daß diese Stellung nicht ohne Kosten und Mühen errungen wurde, wird das Interesse des einzelnen offenbar zu erfahren, wer diese Sonderstellung in bestimmter Richtung einnimmt. Er wird selbst zu beurteilen wissen, was er aus dieser Sonderstellung schließen soll; bisweilen wird er sogar Schlüsse zum Nachteil des damit Werbenden ziehen, z.B. daß andere Konkurrenten preiswerter sind, und er wird diese bevorzugen. Es entspricht daher einem Bedürfnis der Allgemeinheit, über Sonderstellungen wie "das führende Haus am Platze", "das älteste" oder "das größte Geschäft" [8] aufgeklärt zu werden.

Hiergegen wird eingewandt, daß der Werbende ein ungleich größeres Interesse an der Bekanntmachung der Sonderstellung habe als der einzelne Kunde [9]. Dies ist nicht zu leugnen, findet seinen Grund aber darin, daß die Werbung vom

---

1) Wettbewerb aaO S. 130, 143, 147; Wettb 60, 81.
2) WuW 56, 53.
3) GR 61, 19.
4) WRP 61, 76.
5) WRP 61, 301.
6) BGH GR 53, 294; Simon WuW 56, 54.
7) vgl. hierzu Cyrus GR 61, 19.
8) Cyrus GR 61, 19; Höfer WRP 61, 207.
9) so Frey WRP 62, 72.

Unternehmer finanziert wird, dessen Absatz durch sie gefördert werden soll. Cyrus [1] stellt mit Recht einen Vergleich mit dem notwendigen Vergleich her, der die ausdrückliche Benennung des Konkurrenten sogar zuläßt.

Auch beim notwendigen Vergleich ist nicht zu verkennen, daß das stärkere Interesse auf der Seite des Werbenden liegt, der die technischen Neuheiten wirtschaftlich verwerten will [2]. Das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung über Sonderstellungen dürfte aber kaum geringer einzuschätzen sein als ihr Interesse an der Fortentwicklung der Technik. Technische und wirtschaftliche Sonderstellungen sollten insoweit gleichgesetzt werden [3].

Eine hinreichende Veranlassung ist schließlich nur zu bejahen, wenn dem Werbenden kein anderer zumutbarer Weg offensteht, die Vorrangstellung hervorzuheben. Wer eine Sonderstellung innehält, hat keine andere Möglichkeit, auf diese ebenso werbewirksam hinzuweisen wie mit der alleinstellenden Werbung, da der direkte Vergleich mit den Konkurrenten diese noch stärker beeinträchtigen würde. Entgegen der Ansicht von Höfer [4] kann der Werbende seine Spitzenstellung auch nicht durch einen Vergleich mit den wirtschaftlichen Daten des eigenen Unternehmens zu einem früheren Zeitpunkt kundtun. Die indirekte Bezugnahme ist unumgänglich, da er sich nicht auf eine unvollkommene und weniger einprägsame Werbung verweisen zu lassen braucht [5]. Zu fordern ist jedoch, daß der Werbende sich aller Hinweise enthält, die den Bezug zur Konkurrenz zu deutlich werden lassen. Der in der Alleinstellung liegende Vergleich soll nur Nebenwirkung sein; der Werbende will in erster Linie die Güte der eigenen Leistung in den Vordergrund stellen. Diese Werbung ist den Konkurrenten zuzumuten.

Die gegen die Alleinstellung als Ausnahmetatbestand der vergleichenden Werbung erhobenen Einwände [6] führen nicht zu einer anderen rechtlichen Bewertung. Abgesehen von den schon erwähnten Bedenken ist Frey [7] entgegenzuhalten, daß das Verkehrsinteresse an der Unterrichtung über die Sonderstellung nicht damit verneint werden kann, dies sei ein Anzeichen dafür, daß das

---

1) GR 61,19.

2) Leo WRP 60,297; aA Höfer WRP 61,208 (mit Einschränkung); Frey WRP 62,72.

3) vgl. u.a. Cyrus GR 61,19; Völp BB 61,113; WRP 62,26; Schwamberger NJW 61,1189.

4) WRP 61,208.

5) RG GR 40,311; GR 44,154; Cyrus GR 61,19.

6) gegen die Meinung OLG Stuttgart GR 55,52; Höfer WRP 61,208; Frey WRP 62,72.

7) WRP 62,72.

Unternehmen bisher noch keinen konkurrenzlosen Rang errungen habe. Viele Spitzenstellungen könnte die Öffentlichkeit nur unter größten Schwierigkeiten feststellen (z.B. das Alter der Firma oder den Umsatz). Im übrigen kann eine Sonderstellung selten aus sich heraus bekannt werden; sie ist auf Werbung angewiesen.

Aus der Tatsache, daß die Alleinstellung einen indirekten Vergleich enthält, muß auch nicht geschlossen werden, wie Frey annimmt, daß der Rechtfertigungsgrund zu unbestimmt sei, da sonst jede unausgesprochene Bezugnahme zugelassen werden müßte. Nur die indirekte Bezugnahme ist zulässig, die sich in der wahren alleinstellenden Werbung findet. Diese Beschränkung auf die Alleinstellungswerbung ist wegen des geringeren Vergleichscharakters gerechtfertigt.

Das Verkehrsinteresse macht es notwendig, an die Wahrheit der Alleinstellung hohe Anforderungen zu stellen. Der Vorsprung muß nach Umfang und Dauer wirtschaftlich bedeutsam sein. Die Öffentlichkeit ist nicht daran interessiert, zweifelhafte und geringfügige Vorrangstellungen zu erfahren. Eine wahre Alleinstellung setzt einen außergewöhnlichen Vorsprung voraus, der offensichtlich und unumstritten ist und in absehbarer Zeit von keinem Mitbewerber aufgeholt wird. Die Alleinstellung soll von voraussehbaren wettbewerbsbedingten Schwankungen unabhängig sein. Streitigkeiten über die Führungsrolle wären sonst die Folge [1].

Die wahre alleinstellende Werbung, die sich darauf beschränkt, die Sonderstellung hervorzuheben, ist als Ausnahmefall zur vergleichenden Werbung zulässig.

5) Der Systemvergleich

In zahlreichen Entscheidungen wird ein Warenvergleich damit gerechtfertigt, es handele sich um einen Systemvergleich. Dieser wird nach der ständigen Rechtsprechung und Rechtslehre für zulässig gehalten [2].

---

1. BGH WRP 63, 65 LG Köln WRP 55, 23. Simon WuW 56, 56; Frey WRP 62, 66; v. Bernstorff WRP 61, 301; Spengler Betr 63, 575.

2. vgl. JW 32, 1888 RGZ 135, 38 bis BGH GR 52, 416; GR 53, 37; 58, 553; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 40; Reimer Komm. Kap. 78 Anm. 12; aA v. Godin-Hoth Anm. 31 zu § 1 UWG und Ruth JW 37, 2845, die den Systemvergleich nur ausnahmsweise zulassen wollen.

a) Begründung der Zulässigkeit

Zur Begründung der Zulässigkeit des Systemvergleichs im Gegensatz zum Verbot der vergleichenden Werbung ist einmal anzuführen, daß der Mitbewerber nicht unmittelbar zur Verstärkung der eigenen Werbewirkung benutzt wird, sondern nur mittelbar als Vertreter eines Systems betroffen ist. Zum anderen läßt sich der Systemvergleich damit rechtfertigen, daß das Verbot der Erörterung wirtschaftlicher oder technischer Prinzipien und Verfahren den Fortschritt hemmen würde, da gerade die Gegenüberstellung verschiedener Systeme zu einer Fortentwicklung der Technik und zu einer Belebung der Wirtschaft führt [1].
Ruth [2] und v. Godin-Hoth [3], die sich gegen die grundsätzliche Zulassung des Systemvergleichs aussprechen, berücksichtigen nur ungenügend den erheblichen Unterschied, der zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Bezugnahme besteht. Man darf nicht davon ausgehen, daß eine ausreichende Bezugnahme zu bejahen ist, wenn jeder Kunde den Vergleich auf beliebige, gerade ihm bekannte Konkurrenten bezieht [4]. Es darf auch nicht auf die Feststellbarkeit der Mitbewerber ankommen. Eine indirekte Beeinträchtigung der Mitbewerber läßt sich verständlicherweise nicht vermeiden; aber indirekt nimmt zwangsläufig jede Werbung als Fernwirkung auf den Konkurrenten Bezug, da die eigene Ware empfohlen und damit stillschweigend die Konkurrenzprodukte als weniger empfehlenswert angeboten werden.

b) Voraussetzungen des Systemvergleichs nach der Rechtsprechung

Ein zulässiger Systemvergleich setzt nach der Rechtsprechung voraus, daß
1) mehrere Systeme einander gegenübergestellt werden,
2) eine Bezugnahme grundsätzlich vermieden wird und
3) der Vergleich wahr und sachlich ist.

aa) Der Begriff des Systems wird sehr weit gefaßt. Im Rahmen eines Systemvergleichs können verschiedene Wirtschaftsprinzipien und technische Herstellungsverfahren sowie Arbeitsweisen vergleichend gegenübergestellt werden [5]. Die Einkaufs- und Vertriebssysteme [6] können ebenso verglichen werden wie die

1) RG GR 35,382; GR 37,946; GR 38,445; BGH GR 52,417; B.-Hefermehl Anm. 45 zu § 1 UWG; Seubert BB 60,967.
2) JW 37,2845.
3) Anm. 31 zu § 1 UWG.
4) vgl. o. A III 2); v. Godin-Hoth bejahen die entgegengesetzte Ansicht.
5) zum Systembegriff allgemein: B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 45; Reimer aaO S. 81; Seubert BB 60,967.
6) RGZ 135,38; RG GR 32,729; OLG Hamburg GR 61,301.

Anwendungsformen einer Ware [1]; auch im letzteren Fall besteht eine unmittelbare Beziehung zu den Eigenschaften der angepriesenen Ware. Dagegen wurde der Vergleich der Wirkung verschiedener Feinwaschmittel nicht als Systemvergleich anerkannt [2].

Darüber hinaus wurde aber auch der Vergleich verschiedener Warenarten als Systemvergleich gewertet. Zulässig ist es, den naturreinen dem koffeinfreien Kaffee gegenüberzustellen; unzulässig erst der Vergleich zu Kaffee-Hag [3]. Auch der Vergleich eines Sparstiftes mit verschieb- und auswechselbarer Mine mit einem Holzbleistift wurde vom RG als zulässiger Warenartenvergleich beurteilt [4]. Andererseits ist nach dem RG der Vergleich verschiedener Maschinentypen, die den gleichen technischen Gedanken verkörpern, aber auf unterschiedlicher Bauart beruhen, unzulässig [5].

Nach der Rechtsprechung tritt der Systemvergleich in zwei Spielarten auf. Ein eigentlicher Systemvergleich liegt vor, wenn abstrakt die Besonderheiten verschiedener Systeme, z.B. das Barzahlungssystem mit dem Kreditsystem, verglichen werden.

Beim uneigentlichen Systemvergleich wird für das eigene Erzeugnis geworben und auf den Fortschritt hingewiesen, den es gegenüber dem von den Mitbewerbern angewandten System darstellt. Der BGH hat beispielsweise die Werbung erlaubt, in der die technische Ausgestaltung und Arbeitsweise einer bestimmten Dauerdose den Blechdosen und anderen zum Einkochen verwendeten Gläsern unter Hinweis auf deren Nachteile gegenübergestellt wurde [6]. Es handelt sich um einen uneigentlichen Systemvergleich, da nicht Aluminiumdosen allgemein, sondern nur die vom Werbenden vertriebene Aluminiumdose mit dem System anderer Warengattungen, hier Einmachglasern und Blechdosen, verglichen wurde.

Dieser Unterscheidung zwischen eigentlichem und uneigentlichem Systemvergleich kommt nach der Rechtsprechung bei der rechtlichen Beurteilung keine Bedeutung zu, da die Zulässigkeit des Systemvergleichs gerade darauf beruht, daß grundsätzlich eine Bezugnahme auf einen oder mehrere Mitbewerber entfällt. Der Unwertgehalt der vergleichenden Werbung liegt in der Bezugnahme. Die rechtliche Bewertung eines Systemvergleichs ändert sich daher nicht, wenn nicht nur abstrakte Systeme verglichen werden, sondern zugleich für das eigene Erzeugnis geworben wird [7].

---

1) BGH GR 58,486.
2) OLG Düsseldorf GR 56,474.
3) RG JW 32,1888.
4) RG GR 34,748.
5) RG GR 35,58.
6) BGH GR 52,416.
7) vgl. B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 45.

Andererseits ist bei der Werbung mit der eigenen Ware stets eine strenge Prüfung geboten, ob nicht ein unzulässiger Warenvergleich als Systemvergleich verschleiert wird. Der uneigentliche Systemvergleich verschiedener Warenarten ist vom Warenvergleich schwer abzugrenzen. Da nach dem RG die zulässige Erörterung verschiedener technischer Möglichkeiten verschleiertem Warenvergleich keinen Vorschub leisten soll, sind die Anforderungen bei einer Werbung, die sich ersichtlich an der Grenze des Warenvergleichs bewegt, besonders streng. [1] Dies gilt nicht nur für die Frage der Wahrheit und Sachlichkeit des Vergleichs, sondern auch dafür, ob nicht wegen der besonderen Gegebenheiten des Falles nur als Vergleich zweier Systeme gekennzeichnet ist, was tatsächlich einen Vergleich zweier Waren beinhaltet.

bb) Dies führt zu dem Erfordernis, das den Systemvergleich nach dem RG und dem BGH gerade vom Warenvergleich unterscheidet: eine Bezugnahme auf einen oder mehrere Mitbewerber soll vermieden werden [2].
Von diesem Grundsatz ist die Rechtsprechung dennoch in zahlreichen Entscheidungen abgewichen. In einigen Entscheidungen wird erkennbar nur auf einen Mitbewerber Bezug genommen. Die Werbeaussagen werden als Systemvergleiche anerkannt, da sich der Hinweis auf den bisherigen Stand der Technik nicht vermeiden lasse, um den Fortschritt zu verdeutlichen [3].
Bemerkenswert ist aber vor allem das Urteil des RG, das die beispielhafte Benennung des Mitbewerbers oder seiner Waren zuläßt, "wenn allen in Betracht kommenden Beteiligten zweifelsfrei bekannt ist, daß der namhaft gemachte Wettbewerber Waren dieser Art herstellt und demgemäß von dem Systemvergleich betroffen ist" [4]. Dieser Ansicht hat jedoch das RG sofort die Einschränkung beigefügt, daß dies nicht gelte, sobald sich die Werbung an einen größeren oder unbestimmten Personenkreis richtet [5]. Die Rechtsprechung läßt daher nur ausnahmsweise beim Systemvergleich die Bezugnahme zu.

cc) Der Systemvergleich ist wie jede Werbung den Erfordernissen der Wahrheit und Klarheit unterworfen; er darf nicht nach § 3 UWG irreführen [6]. Hiermit geht der BGH mit Recht über die Ansicht des RG, die Werbung dürfe nicht bewußt oder grobfahrlässig unwahr sein, hinaus [7]. Dies bedeutet nicht, daß bei Zwei-

---

1) RG GR 40,53.
2) RG GR 35,58; GR 40,52; BGH GR 52,417.
3) RG GR 33,256; RG GR 37,941; RG GR 40,310.
4) RGZ 156,7,8; bestätigt in RG GR 39,76; 39,986; RG GR 40,53.
5) RGZ 156,8; RG GR 39,986; auch D. Reimer aaO S. 93.
6) BGH GR 58,486; vgl. auch Droste GR 51,148.
7) RGZ 156,11; RG GR 32,471; GR 38,535.

felsfragen ein Systemvergleich ausgeschlossen ist, weil sich die Werbung nicht beweisen läßt. Es ist lediglich notwendig, in diesem Fall darauf hinzuweisen, daß man sich auf eine fachlich umstrittene Ansicht stützt [1].

Die Unwahrheit könnte sich auch aus der Unvollständigkeit ergeben, weil der Werbende nur die Vorteile des eigenen Systems hervorgehoben hat, ohne auf seine Nachteile hinzuweisen. Der BGH [2] hat klargestellt, daß der Kunde keine völlig neutrale Abwägung der Vor- und Nachteile erwarte. Die Werbung sei so lange nicht zu beanstanden, als nicht durch das Verschweigen von Mängeln des angepriesenen und von Vorzügen des bekämpften Systems ein falscher Gesamteindruck entstehe. Der Vergleich muß sachlich sein und sich aller persönlichen, ehrverletzenden und gehässigen Angriffe enthalten [3].

dd) Das Erfordernis der Notwendigkeit hat die Rechtsprechung bisher noch nicht für den Systemvergleich aufgestellt; der BGH hat diese Frage ausdrücklich offengelassen [4]. Die Notwendigkeit des Vergleichs ist nicht zu befürworten. Die Abgrenzung zum notwendigen Vergleich würde noch schwieriger zu ziehen sein. Wegen der unerheblichen indirekten Einwirkung auf den Mitbewerber besteht auch keine Veranlassung, diesen in besonderem Maße vor Systemvergleichen zu schützen. Der Systemvergleich dient der Wirtschaft ebenso wie dem Verbraucher. Das Erfordernis der Notwendigkeit des Systemvergleichs würde aber die Fortentwicklung der Technik, auf die gerade zur Begründung des Systemvergleichs hingewiesen wird, hemmen, da eine klare Entscheidung, wann ein im Kampf mehrerer Systeme durchgeführter Vergleich notwendig ist, vielfach nicht getroffen werden kann [5].

c) Der Systemvergleich - eine Ausnahme zur vergleichenden Werbung

Sind im vorhergehenden die Anforderungen der Rechtsprechung an den erlaubten Systemvergleich erläutert worden, soll nun die in der Literatur unterschiedlich beantwortete Frage zu lösen versucht werden, ob der Systemvergleich einen

---

1) BGH GR 58,486.

2) BGH GR 52,417; vgl. auch LG Düsseldorf BB 64,105; zustimmend Tetzner NJW 53,90; vgl. BGH BB 64,56: keine Verpflichtung zur Vollständigkeit, soweit keine Aufklärungspflicht besteht.

3) RG GR 32,470; 34,753; BGH GR 52,417; zu den Grenzen der Sachlichkeit vgl. ferner BGH BB 63,163.

4) GR 52,418.

5) vgl. D. Reimer aaO S. 80; Seubert BB 60,968; Spengler Wettb 60,77; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 45,48; aA Tetzner NJW 53,89.

Ausnahmefall der vergleichenden Werbung darstellt oder als selbständiges Rechtsinstitut losgelöst von dem Fragenbereich der vergleichenden Werbung zu beurteilen ist [1].

Die erkennbare Bezugnahme wurde als wesentliches Merkmal jeder vergleichenden Werbung erkannt. Es liegt daher auf der Hand, daß der Systemvergleich nicht zu den Ausnahmen gezählt werden kann, wenn das Fehlen jeglicher Bezugnahme zur Bejahung seiner Zulässigkeit unbedingt erforderlich ist. Es wurde aber auch schon auf die Inkonsequenz der Rechtsprechung hingewiesen, nach der ausnahmsweise auch bei erkennbarer Bezugnahme ein Systemvergleich zulässig ist. Die erste Frage ist daher, ob gerade diese Entscheidungen es rechtfertigen, den Systemvergleich als Ausnahme zur vergleichenden Werbung aufzufassen.

Gegen die Entscheidung des RG [2], in der die beispielhafte Nennung des Konkurrenten zugelassen wird, wenn allen Beteiligten offensichtlich ist, wer gemeint ist, müssen starke Bedenken vorgebracht werden. Beim Systemvergleich muß es sich der als Anhänger des kritisierten Systems betroffene Konkurrent gefallen lassen, daß auf Mängel seines Systems hingewiesen wird. Das System darf zur Verdeutlichung der erreichten Fortentwicklung herangezogen werden, doch ist dafür zu sorgen, daß ein unnötiger Bezug auf bestimmte Mitbewerber vermieden wird. Das RG hat in einer weiteren Entscheidung derselben Parteien zum Ausdruck gebracht, daß die Benennung der Ware des Mitbewerbers unzulässig ist, wenn sie dem Zusammenhang nach völlig überflüssig ist [3]; in dem ausdrücklichen Hinweis liege eine zusätzliche Herabsetzung dieses Fabrikats. Geht man von diesem Ausspruch des RG aus und überträgt ihn auf den ersten Rechtsstreit dieser Parteien, ist festzustellen, daß die Benennung dort überflüssig war, weil der Vergleich lediglich einer behördlichen Dienststelle mitgeteilt wurde, die über die Zusammensetzung der Waren der Mitbewerber im Bilde war, wie sie auch den Kreis der Mitbewerber genau kannte. Das RG legt offenbar ein großes Gewicht auf die Tatsache, daß eine Schädigung durch die beispielhafte Benennung deshalb nicht eingetreten ist, weil der Konkurrent den Beteiligten

---

1) der Systemvergleich ist keine Ausnahme nach: RG GR 44, 155; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 45; Droste GR 51, 146; WuW 54, 519; Cyrus GR 61, 18 Anm. 81; D. Reimer aaO S. 70, 88; Bußmann-Pietzcker-Kleine S. 54; als Ausnahmetatbestand sehen den Systemvergleich an: OLG München GR 59, 196; Seubert BB 60, 968; Spengler, Wettbewerb S. 143; Wettb 60, 77; Borck WRP 61, 76; Helle aaO S. 62; Tetzner NJW 53, 88; Heydt GR 61, 91 läßt diese Frage ausdrücklich offen.

2) RGZ 156, 8.

3) RG GR 39, 72.

bekannt war. Hiergegen läßt sich zunächst einwenden, daß die Kenntnis des Mitbewerberkreises nicht notwendig dazu führen muß, daß jeder durch die Werbung Angesprochene eine Beziehung zu diesem herstellt. Vor allem aber ist zu beachten, daß ein Schaden für einen Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG nicht erforderlich ist. Im Gegensatz zu §§ 823 ff BGB braucht der Kläger, der Unterlassung begehrt, einen Schaden nicht nachzuweisen.
Eine ausdrückliche Benennung des Mitbewerbers oder seiner Ware kann daher nicht damit gerechtfertigt werden, es handele sich um einen Systemvergleich. Die Begründung der Erweiterung des Systemvergleichs durch das RG ist daher abzulehnen.

Auch in anderen Entscheidungen des RG wurde trotz erkennbarer Bezugnahme ein Systemvergleich als zulässig angesehen [1]. Diese Entscheidungen beweisen aber nicht, daß das RG nicht an der strengen Durchführung des vorerwähnten Grundsatzes, der Nichterkennbarkeit der verglichenen Mitbewerber, festhalten wollte. In der Begründung der Entscheidungen zeigt sich deutlich, daß das RG das Verbot der vergleichenden Werbung als zu starr empfindet und im Interesse des technischen Fortschritts den notwendigen Vergleich als sog. erweiterten Systemvergleich zuläßt. Dies geht aus der Begründung klar hervor, in der eine erkennbare Bezugnahme dem Werbenden nicht verwehrt wurde, soweit sie zur Veranschaulichung der erzielten Fortentwicklung unumgänglich ist. Droste [2] ist zuzustimmen, daß das RG aus seiner Rechtsprechung zum Systemvergleich unmerklich in den notwendigen Vergleich hinübergeglitten ist. Andererseits kann Droste [3] aber insoweit nicht gefolgt werden, als er aus einer Entscheidung des RG [4] den Schluß zieht, das RG wolle den Begriff des Systemvergleichs abschaffen. Diese Entscheidung dient allein der Klarstellung, da hier das RG von seinem bisherigen Sprachgebrauch abrückt und die Fälle des notwendigen Vergleichs, bei denen eine erkennbare Bezugnahme meist unschädlich ist, von dem ursprünglichen Begriff des Systemvergleichs abgrenzt. Der BGH ist dieser Grenzziehung zwischen System- und notwendigem Vergleich gefolgt [5]. Da schließlich auch das Urteil des RG, das die beispielsweise Benennung zuließ, in Wahrheit einen notwendigen Vergleich beinhaltete, ist nach den Entscheidungen des RG der Systemvergleich nicht als Ausnahme zum Verbot der vergleichenden Werbung anzusehen.

Voraussetzung hierfür wäre, daß ein Systemvergleich auch bei erkennbarer Bezugnahme bejaht werden könnte. Dies könnte gerechtfertigt sein, wenn ein

---

1) vgl. RG GR 33,256; GR 37,941; GR 40,310.
2) GR 51,143.
3) GR 51,142,148; einschränkend wieder WuW 54,519.
4) RG GR 44,155.
5) BGH GR 52,417.

System nur von einem oder einer geringen Zahl von Mitbewerbern befolgt wird. Lehnt man den Systemvergleich in allen Fällen ab, in denen die Vertreter eines Systems der Öffentlichkeit bekannt sind, so ist auf einem großen Gebiet ein echter Systemvergleich ausgeschlossen. In einer Entscheidung des OLG München [1] wird dies als untragbar bezeichnet. Gerade in der heutigen technisierten Zeit finden sich zahlreiche Beispiele dafür, daß bei Spezialkonstruktionen der Markt für das kaufende Publikum, das meist aus Fachleuten besteht, überschaubar ist. Die Forderung, das System müsse so umfassend sein, daß die angesprochenen Verkehrskreise an keine bestimmten Mitbewerber denken [2], läßt sich in diesen Fällen nicht erfüllen.

Es ist aber zu bedenken, ob die Rechtsprechung nicht gerade den notwendigen Vergleich geschaffen hat, um diese Fälle vom grundsätzlichen Vergleichsverbot auszunehmen. Der notwendige Vergleich gewährleistet, daß in der Werbung erlaubt ist, was in Patentschriften selbstverständlich erscheint [3]. Bei der Anmeldung von Patenten ist es meistens notwendig, auf Mängel der bisherigen Systeme hinzuweisen, selbst wenn für Fachleute damit die Fabrikate der bestimmten Mitbewerber deutlich erkennbar werden [4].
Dieser Einwand übersieht jedoch, daß der notwendige Vergleich nach der Rechtsprechung auf die Verdeutlichung des technischen Fortschritts beschränkt ist. Häufig werden aber auch Prinzipien verglichen, die nicht als technische Fortschrittsleistungen gekennzeichnet werden können [5]. Vor allem wird nicht beachtet, daß der notwendige Vergleich nur dem jüngeren System zusteht und daß insofern eine Benachteiligung des älteren Systems die Folge wäre. Dem älteren muß aber ebenso die Möglichkeit eines Systemvergleichs eingeräumt werden wie dem jüngeren System, selbst wenn nur wenige Mitbewerber vorhanden sind [6]. Es ist kein Fortschritt, wenn der Mitbewerber darauf hinweist, daß seine Ware unverändert geblieben ist [7]. Ein Abwehrvergleich ist ebenso meist ausgeschlossen, solange der Systemvergleich die Grenzen der Wahrheit und Sachlichkeit einhält und damit nicht rechtswidrig ist. Es bleibt dem Anhänger des älteren Systems also nur die Möglichkeit eines Systemvergleichs, will er nicht wettbewerbliche Nachteile erleiden. Wollte man in diesen Fällen von dem Grundsatz ausgehen, beim Systemvergleich dürfe eine Bezugnahme nicht erkennbar sein, so würde dies im

---

1) GR 59,196.
2) B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 45; Ingelmann WRP 60,179.
3) Pinzger ZAkDR 37,275; Burhenne NJW 51,252.
4) vgl. Ziff. 12 des Merkblatts für Patentanmelder GR 54,572.
5) z.B. auch wirtschaftliche Fortschritte; vgl. auch Droste WuW 54,519.
6) OLG Bamberg GR 53,257; D. Reimer aaO S. 80.
7) Wenzel NJW 62,83 ist anderer Ansicht; vgl. o. S. 39.

Ergebnis zu einer Bevorzugung neuerer Systeme und damit zu einer ungleichen Behandlung der Konkurrenten führen [1].

In einer neueren Entscheidung folgt auch der BGH [2] dieser Meinung, wenn er seine Abweichung auch nicht ausdrücklich zu erkennen gibt. Er ließ den Vergleich zweier Systeme des Stärkens von Wäsche zu, obwohl die von dem Vergleich betroffenen Mitbewerber für die Verbraucher deutlich erkennbar waren. Der Systemvergleich ist nach dieser Entscheidung des BGH also nicht mehr dadurch gekennzeichnet, daß eine Bezugnahme notwendig vermieden wird.
Der Systemvergleich ist als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen, soweit die verdeckte Bezugnahme deshalb unvermeidlich war, weil der Kreis der Mitbewerber des bestimmten Warentyps überschaubar ist, wie es auch in der Rechtslehre von Spengler [3], Seubert [4] und Borck [5] vertreten wird.

Diese ausnahmsweise zulässige erkennbare Bezugnahme ist aber nur in sehr engen Grenzen zulässig. Ausdrücklich darf der Mitbewerber, selbst wenn er den Beteiligten bekannt ist, nicht genannt werden. An das System sind hohe Anforderungen zu stellen, vor allem dürfen nicht willkürlich zwei Waren als Vertreter zweier angeblicher Systeme gegenübergestellt werden [6]. Da der Systemvergleich einem verschleierten Warenvergleich keinen Vorschub leisten darf, muß auch der Warenartenvergleich hier ausgeschlossen bleiben. Eine klare Trennung zwischen Waren- und Warenartenvergleich bei einem überschaubaren Mitbewerberkreis ist nicht möglich. Hält sich der Vergleich darüber hinaus an die nach der Rechtsprechung erforderliche Wahrheit und Sachlichkeit, ist der Systemvergleich bei erkennbarer Bezugnahme als Ausnahme zum Verbot der vergleichenden Werbung zulässig.

---

1) Droste WuW 54, 519 will dieses Ergebnis ebenfalls vermeiden, vermag es aber nicht zu begründen, wenn er den Systemvergleich nicht als Ausnahme auffaßt und diesen nur beim Fehlen jeglicher Bezugnahme zuläßt; D. Reimer aaO S. 147 will für diese Fälle den Rechtfertigungsgrund der notwendigen Aufklärung bei verhängnisvollem Irrtum des Publikums begründen.

2) BB 63, 163; vgl. hierzu die Anm. von U. Krieger GR 63, 377 sowie Schönherr GR Ausl. 64, 190.

3) Wettb 60, 77; auch Wettbewerb aaO S. 143, da dort der Systemvergleich unter den Ausnahmen aufgezählt wird.

4) BB 60, 968.

5) WRP 61, 76; vgl. ferner die Literaturzusammenstellung o. S. 53 Anm. 1.

6) vgl. Seubert BB 60, 967; Ulmer JW 32, 1889.

C. BEGRÜNDUNG DES VERBOTS DER VERGLEICHENDEN WERBUNG UND KRITIK

I. § 1 UWG ALS ANSPRUCHSGRUNDLAGE DES VERBOTS

Das Verbot der vergleichenden Werbung wird damit begründet, daß diese Reklame § 1 UWG zuwiderläuft. Ein Verstoß gegen § 1 UWG setzt voraus:
1) ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs,
2) ein Handeln im geschäftlichen Verkehr und
3) die Unvereinbarkeit dieses Handelns mit den guten Sitten.

Erfüllt der Vergleich in der Werbung diese Voraussetzungen, verletzt der Werbende das Verbot des § 1 UWG.

1) Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs

a) Objektive Voraussetzungen

Der Begriff der Wettbewerbshandlung erfordert nach ständiger Rechtsprechung in objektiver Beziehung ein Verhalten, das äußerlich geeignet ist, den Absatz einer Person zugunsten desjenigen einer anderen Person zu fördern [1].

Der Anwendungsbereich des § 1 UWG ist nicht auf solche Wettbewerber beschränkt, die sich im Konkurrenzkampf gegenüberstehen. Eine Wettbewerbshandlung setzt zwar den Wettbewerb, d.h. "das Streben, auf einem gemeinsamen Markt an Stelle eines anderen zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen" [2], voraus. Mehrere Mitbewerber müssen zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen und sich um die Kaufkraft des Kunden bemühen [3]. Der Wettbewerber braucht aber nicht zur Förderung des eigenen Absatzes zu handeln. Es reicht aus, wenn er fremdem Wettbewerb Vorschub leistet. Selbst ohne Gewerbebetrieb kann er Wettbewerber im [illegible] Interesse sein [4]. Das entscheidende Element der Wettbewerbshandlung in objektiver Hinsicht liegt darin, daß zwischen den Vorteilen, die der Begünstigte erstrebt, und den Nachteilen, die der durch die Werbung Betroffene erleidet, eine Wechselbeziehung besteht [5]. Der objektive Tatbestand

---

1) BGH GR 53, 294; GR 60, 386.
2) B.-Hefermehl Allg. Anm. 2.
3) Über die Abgrenzung des Wettbewerbsverhältnisses im Rahmen des § 1 UWG im einzelnen vgl. B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 146 ff.
4) B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 145; Kraft aaO S. 188.
5) BGH GR 51, 284; Hefermehl Festschr. S. 290; Spengler Wettb 60, 80.

einer Wettbewerbshandlung ist gegeben, wenn das Verhalten geeignet ist, den Absatz eines Wettbewerbers zu fördern, zugleich aber auch den Absatz eines anderen Wettbewerbers zu beeinträchtigen.

b) Subjektive Voraussetzungen

In der Rechtslehre ist streitig, ob in subjektiver Beziehung eine auf Wettbewerb gerichtete Absicht des Handelnden hinzutreten muß.

Nach Reimer [1] und Alexander-Katz [2] ist das Vorliegen des objektiven Tatbestands als ausreichend zu erachten. Sie begründen diese Ansicht damit, daß die subjektive Seite sich nur unter größten Schwierigkeiten feststellen lasse. Um dem Kläger die Beweisführung nicht unmöglich zu machen, werde in der Praxis von der inneren Wahrscheinlichkeit der Wettbewerbsabsicht ausgegangen. Im Ergebnis werde also nur auf die objektive Seite abgestellt [3]. Zum anderen wird betont, daß sich der Wortlaut mit dieser Ansicht vereinbaren lasse, da der Ausdruck "Zweck" das Objektive stärker hervorhebe als das Subjektive, während bei dem Ausdruck "Absicht" nur das Subjektive hervortrete [4].
Dieser Ansicht läßt sich entgegenhalten, daß die Rechtsprechung durch eine weite Auslegung der Wettbewerbsabsicht die Beweisschwierigkeiten herabgemindert und dem Kläger die Beweisführung erleichtert hat. Die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, wird als ausreichend angesehen. Auch Nichtgewerbetreibende, Wissenschaftler, Verbraucherverbände, Zeitungen und Zeitschriften können in Wettbewerbsabsicht handeln, wenn sie beliebige Konkurrenten des Betroffenen begünstigen wollen [5].
Eine Wettbewerbshandlung setzt ferner nicht voraus, daß die auf Wettbewerb gerichtete Absicht allein bestimmend ist. Sie braucht nicht die einzige oder wesentliche Zielsetzung der Handlung zu sein, darf aber auch nicht gegenüber sonstigen Motiven völlig in den Hintergrund treten [6].
Das Erfordernis der Wettbewerbsabsicht gefährdet schließlich nicht einen wirksamen Rechtsschutz der Betroffenen. Der objektive Wettbewerbscharakter wird häufig derart hervortreten, daß ein besonderer Nachweis einer mitbestimmenden

---

1) Komm. Kap. 75 Anm. 5.
2) NJW 54,132.
3) Reimer, Komm. Kap. 75 Anm. 5; vgl. auch Tetzner § 1 UWG Anm. 32.
4) Alexander-Katz NJW 54,132.
5) RG MuW 30,69; BGH GR 53,293; B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 157.
6) RG MuW 30,69; RG GR 38,55; BGHZ 3,277; BGH GR 53,294; BGH Betr 63, 1533; BGH NJW 64,29.

Wettbewerbsabsicht nach den Regeln des Anscheinsbeweises zu vermuten ist. Will der Werbende der Lebenserfahrung zuwider diese Vermutung entkräften, hat er die innere Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Wettbewerbsabsicht zu widerlegen [1].

Hieraus zu folgern, daß somit allein der objektive Tatbestand maßgeblich wäre und auf die subjektive Seite nicht eingegangen würde, ist verfehlt. Der Beweis des ersten Anscheins kann widerlegt werden, wie es in der Rechtsprechung vielfach geschehen ist [2].

Das Erfordernis der Wettbewerbsabsicht ist insbesondere bei wissenschaftlichen Gutachten und objektiven Warentests von grundlegender Bedeutung. Würde man der Gegenansicht folgen, könnten Forschungsergebnisse als Wettbewerbshandlungen angesehen werden, soweit sie objektiv geeignet sind, den Wettbewerb bestimmter Geschäftskreise zu fördern. Mit Recht hat das RG diese Schlußfolgerung abgelehnt und Bedenken erst für den Fall erhoben, daß ein Gelehrter sich gegen Entgelt in den Dienst eines Unternehmens stellt [3]. Hier wird er sich zuweilen nicht nur der Wissenschaft und der mit ihr zu erforschenden Wahrheit verpflichtet fühlen, sondern primär die Absicht verfolgen, den Wettbewerb seines Auftraggebers zu fördern.

Auch Warentests, die ohne jede Einflußnahme von Interessenten zustande kommen, sind objektiv geeignet, den Wettbewerber, dessen Ware gut beurteilt wurde, auf Kosten der kritisierten Wettbewerber zu begünstigen. Ein Warentest, der den Anforderungen der Neutralität und Objektivität entspricht [4], verfolgt keinen Wettbewerbszweck, sondern will die Verbraucher aufklären [5].

Schließlich ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß der Begriff der Wettbewerbshandlung neben dem objektiven auch einen subjektiven Gehalt erfordert [6]. Der entgegengesetzten Wortauslegung von Alexander-Katz [7] ist zuzugeben, daß in dem Ausdruck "Zweck" auch objektive Momente enthalten sind; hinzu kommt aber ein subjektiver Gehalt, der das objektive Moment ergänzt.

---

1) BGH GR 60,386; Hefermehl Festschr. S. 291; B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 159.

2) z.B. BGHZ 3,278; BGH GR 57,361; BGH NJW 64,29.

3) RG MuW 32,22; RG MuW 38,305; Bußmann WRP 56,125; B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 161.

4) vgl. hierzu Hefermehl GR 62,614, der die Anforderungen im einzelnen umreißt; ferner Möhring MA 62,972,975; Völp WRP 63,112.

5) Spengler Wettb 60,80; Hefermehl GR 62,613; Völp WRP 63,112; OLG Celle Betr 64,1150.

6) BGHZ 3,277; Kleine JZ 52,230.

7) NJW 54,132.

Wenn auch die subjektive Seite in der Regel gemäß dem natürlichen Geschehensablauf vermutet wird, so bedeutet das nicht, daß sie zur Bedeutungslosigkeit herabsinkt, wie bei den wissenschaftlichen Äußerungen und neutralen Warentests deutlich wird.

Vor kurzem hat auch Kraft in seiner Monographie zur Auslegung des § 1 UWG die Meinung vertreten, zu Zwecken des Wettbewerbs handele jeder, der durch objektiv geeignete Mittel eigenen oder fremden Wettbewerb fördere, wenn er auch keine dahingehende Absicht habe [1]. Kraft begründet seine Ansicht mit dem Sinn und Zweck des UWG, jedem Wettbewerber eine Handhabe gegen Handlungen Dritter zu geben, die geeignet sind, den Absatz eines Mitbewerbers zu fördern. Dieser Ansicht stehe auch nicht die Beurteilung wissenschaftlicher oder sonstiger fachlicher Äußerungen entgegen, da die Prüfung der Sittenwidrigkeit des Verhaltens zu einer angemessenen Entscheidung führe.

Kraft verschiebt mit dieser Begründung die rechtliche Beurteilung von der Wettbewerbsabsicht auf den Sittenbegriff. Er verkennt, daß der Sittenwidrigkeit nach dem Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich die Wettbewerbsabsicht vorgelagert ist [2]. Eine andere Ansicht würde die bestehenden Auslegungsschwierigkeiten im Rahmen des § 1 UWG erheblich erhöhen, da der Unwertgehalt einer Handlung weit schwieriger feststellbar sein dürfte als die Absicht des Handelnden, zumal hier häufig der Anscheinsbeweis eingreifen wird.

Kraft beachtet schließlich nicht das Ziel des UWG, obwohl er sich ausdrücklich darauf beruft. Nach Wettbewerbsrecht soll nicht jede Handlung beurteilt werden, welche die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt [3]. Der Wissenschaftler oder das Warentestinstitut, die beide keine Wettbewerbszwecke verfolgen, unterliegen nicht dem Wettbewerbsrecht; sie müssen es sich nicht gefallen lassen, daß der Maßstab der guten Sitten zur Bewertung ihres Verhaltens herangezogen wird. Die Äußerung einer Privatperson, die dem Mitbewerber zugute kommt, aber ohne Wettbewerbsabsicht abgegeben wurde, wird auch nicht vom UWG erfaßt. Allein bürgerlich-rechtliche Normen könnten hier einen Unterlassungsanspruch rechtfertigen.

Die Wettbewerbsabsicht sollte gerade zur Bestimmung des von § 1 UWG umfaßten Verhaltens von entscheidender Bedeutung sein. Der Fehler der Argumentation von Kraft wird darin sichtbar, daß er der Absicht im Rahmen der Interessenabwägung, die seiner Meinung nach zur Begründung der Sittenwidrigkeit notwendig

---

1) Kraft aaO S. 190-192.

2) Kraft aaO S. 192 weist selbst auf den Wortlaut hin: der Versuch, § 1 UWG so zu lesen, daß "zu Zwecken des Wettbewerbs geeignete Handlungen" verboten sein sollen, sofern sie sittenwidrig sind, ist gekünstelt.

3) vgl. Hefermehl Festschr. S. 291.

ist, keine Bedeutung beimißt [1]. Eine echte Verlagerung der rechtlichen Prüfung findet also nicht einmal statt, es wird vielmehr das Fehlen der Wettbewerbsabsicht unbeachtet gelassen.
Ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs liegt daher vor, wenn die Handlungsweise über die objektive Eignung der Wettbewerbsförderung hinaus von der auf Wettbewerb gerichteten Absicht getragen wird, wie es von der einhelligen Rechtsprechung [2] und überwiegenden Rechtslehre [3] befürwortet wird.

2) Handeln im geschäftlichen Verkehr

Als Handeln im geschäftlichen Verkehr wird nach der Rechtsprechung eine der Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks dienende Tätigkeit im Gegensatz zu einer rein privaten und amtlichen Betätigung angesehen [4]. Der Begriff des Handelns im geschäftlichen Verkehr geht sehr weit, erfaßt er doch nicht nur den Handels- und Geschäftsbetrieb, sondern jede Erwerbstätigkeit, wie z.B. auch die wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeit [5]. Die Handlung muß die Außenwelt berühren; dies ist auch möglich bei privaten Unterhaltungen, denen eine geschäftliche Wendung gegeben wird [6].
Von besonderer rechtlicher Bedeutung ist die Frage, wann betriebsinterne Mitteilungen als Handlungen im geschäftlichen Verkehr beurteilt werden können [7]. Der BGH hatte den Fall zu entscheiden, daß die Geschäftsführer einer Konsumgenossenschaft auf einer geschlossenen Mitgliederversammlung einen Preisvergleich zu den ortsansässigen Einzelhandelsgeschäften zogen. Der BGH erblickte hierin eine unzulässige vergleichende Werbung [8]. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr wurde bejaht, wenn die Äußerung auch nicht in der Öffentlichkeit, sondern auf einer internen Veranstaltung gefallen sei, stehe dies der Anwendung

---

1) Kraft aaO S. 239,240.
2) RG MuW 27,55; 29,122; BGHZ 3,277; 19,393; BGH GR 53,293; GR 57, 361; GR 59,488; GR 60,386; BB 63,1274; NJW 64,29; NJW 66,1559.
3) B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 156; v. Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 11 a; Kleine JZ 52,229.
4) RGZ 108,274; BGH GR 53,294; GR 59,489; 60,386; BGH Betr 63,1538.
5) B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 141; Reimer Komm. Kap. 75 Anm. 2; Hefermehl Festschr. S. 290.
6) BGH GR 53,294; BGH GR 60,386.
7) B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 141; Reimer Komm. Kap. 75 Anm. 2; v. Godin-Hoth Anm. 11 b zu § 1 UWG.
8) BGH GR 59,489.

des § 1 UWG nicht entgegen, da in erster Linie auf den mit der Bemerkung verfolgten Zweck, die Mitglieder zu beeinflussen und das Abwandern zum örtlichen Einzelhandel zu verhindern, abzustellen sei [1].

Zulässig müssen dagegen betriebsinterne Zusammenstellungen der technischen Daten und Preise der Konkurrenzprodukte im Vergleich zur eigenen Ware bleiben, die den Zwischenhändlern und Verkäufern ausgehändigt werden. Hat der Unternehmer ausreichende Vorkehrungen getroffen, daß diese Mitteilungen nicht mißbräuchlich verwendet werden und den Verbrauchern nicht zugänglich sind [2], handelt es sich nicht um eine Maßnahme im geschäftlichen Verkehr. Jedem Unternehmer steht das Recht zu, seine Verkäufer über die Erzeugnisse der Mitbewerber zu unterrichten, schon damit diese beim Vergleich auf Verlangen eine ausreichende und richtige Auskunft geben können [3].

Bei der Frage, ob ein Werbevergleich wegen Verstoßes gegen § 1 UWG als unzulässig erachtet werden kann, werden meist keine Zweifel daran bestehen, daß der Werbende zum Zwecke des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr im Sinne der vorerwähnten allgemeinen Grundsätze gehandelt hat. Ausnahmsweise können sich aber Zweifel ergeben, wenn Vergleiche in privaten Unterhaltungen, Diskussionen, Interviews [4] oder betriebsinternen Anweisungen gezogen werden. Im Regelfall hängt die rechtliche Bewertung allein von der Vereinbarkeit der vergleichenden Werbung mit den guten Sitten ab.

3) Verstoß gegen die guten Sitten

Die vergleichende Werbung ist nach § 1 UWG unzulässig, wenn sie in ihrem Gesamtcharakter, wie er sich aus Inhalt, Zweck und Beweggrund ergibt, den guten Sitten zuwiderläuft.

Es kann nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, den Begriff der guten Sitten unter Berücksichtigung der rechtsphilosophischen Aspekte eingehend zu untersuchen und von den Begriffen der Moral und der Sittlichkeit im einzelnen abzugrenzen. [5]

---

1) BGH GR 59,489.

2) vgl. OLG Düsseldorf Betr 63,1603; die Werbung wurde als unzulässig angesehen, da ein entsprechender Aushang von den Besuchern der Kundendienstabteilung deutlich wahrgenommen werden konnte.

3) LG München BB 59,210; Spengler Wettb 60,80.

4) vgl. hierzu bei Fernsehinterviews BGH BB 63,1274.

5) vgl. hierzu Kraft aaO S. 101 ff; Droste Betr 63,719; WRP 64,65; WRP 65,35; Meyer-Cording JZ 64,273 ff m. weiteren Literaturhinweisen.

Droste [1] hat nachzuweisen versucht, daß die vergleichende Werbung nicht gegen § 1 UWG verstoßen könne, da nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift nur ein ethisch Verwerfliches, ein sittenwidriges Verhalten im Sinne des § 826 BGB, nicht aber ein unbequemes und unfaires Verhalten verboten werden könne. Eine eingehende Erörterung dieser Fragen erübrigt sich dennoch, da schon dem Ausgangspunkt dieser Argumentation nicht gefolgt werden kann.

Der Sittenbegriff im § 826 BGB ist nicht mit diesem Begriff im § 1 UWG identisch. Nach §§ 138, 826 BGB ist mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren, was dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" widerspricht [4]. Die Wertung nach dem Maßstab der guten Sitten darf aber nicht absolut erfolgen; sie muß stets auf den Gegenstand der Bewertung bezogen werden. Die Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Vorgänge muß daher auch dem Wesen des Wettbewerbs gerecht werden. Daher kann auch das Urteil derer, die diese wirtschaftlichen Vorgänge zu beurteilen vermögen, nicht unberücksichtigt bleiben [2].
Hieraus folgt aber nicht, daß bei der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbshandlungen auf ethische Erwägungen verzichtet werde. Auch die Generalklausel des § 1 UWG ist ethisch fundiert und greift auf den Maßstab der Sittlichkeit zurück [3]. Der Unterschied besteht vielmehr darin, daß die funktionsbezogene Betrachtungsweise dazu führt, ein Verhalten, das den guten Sitten im Wettbewerb zuwiderläuft, als sittenwidrig zu bezeichnen, selbst wenn dieses Verhalten bei einer Beurteilung nach § 826 BGB nicht als sittlich verwerflich, sondern allenfalls als unanständig bewertet würde. Somit erweist sich auch der Vorwurf Drostes als unberechtigt, die Rechtsprechung habe stets den § 1 UWG weit über seine gesetzlichen Grenzen hinaus angewendet. Die Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung kann daher mit der Begründung Drostes nicht von vornherein ausgeräumt werden.

Das Unwerturteil bestimmt sich folglich einerseits nach dem Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden. Andererseits könnte die Sittenwidrigkeit auch vom Standpunkt des durchschnittlichen Kunden zu betrachten sein, da das Wettbewerbsrecht zugleich die Interessen der Allgemeinheit schützen soll [5].
Der Verstoß gegen die guten Sitten wird in der Rechtsprechung und Rechtslehre daher teils damit begründet, die Sittenwidrigkeit sei vom Blickpunkt des Mitbewerbers aus zu bejahen, teils damit, die Belange der Allgemeinheit erforderten

---

1) Betr 63,719; WRP 64,65; Betr 64,503; NJW 64,818; WRP 64,300; WRP 65,35.
2) vgl. B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 54,55,69; Meyer-Cording JZ 64,310.
3) Illert aaO S. 33; B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 53.
4) RGZ 48,124; 80,221 u.a.m.
5) vgl. B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 55 ff.

das Verbot der vergleichenden Werbung. Ergänzend werden allgemeine Erwägungen zur Begründung des Verbots angeführt, wie die Rechtslage in den Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit.
Inwieweit diese Begründungen des Verbots der vergleichenden Werbung zutreffen und zur Sittenwidrigkeit des Werbevergleichs führen, soll anhand der einzelnen Argumente im folgenden näher geprüft werden.

a) Sittenwidrigkeit vom Blickpunkt des Konkurrenten

Vom Blickpunkt des Konkurrenten kann sich zunächst zeigen, ob die vergleichende Werbung gegen die guten Sitten verstößt.

aa) Hellegold-Motiv

Zur Begründung der Sittenwidrigkeit wird immer wieder auf das Argument zurückgegriffen, mit dem das RG am 6.10.1931 erstmalig das grundsätzliche Vergleichsverbot mit aller Klarheit befürwortete. In dieser sogenannten Hellegold-Entscheidung führte das RG aus, daß niemand es sich gefallen lassen müsse, in der fremden Werbung als Mittel zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwendet zu werden [1]. Dieses Argument, in der Rechtslehre als Hellegold-Motiv bezeichnet, ist vielfach zur Begründung des Verbots herangezogen worden [2]. Borck [3] will das Schwergewicht vom Opfer auf den Täter verschieben und sieht die Sittenwidrigkeit darin, daß der Werbende den Mitbewerber als Mittel zur Verstärkung der eigenen Werbewirkung benutzt. Von praktischer Bedeutung ist diese Akzentverschiebung nicht.
Gegen diese Begründung wird der Einwand erhoben, die Mitbewerber hätten ein weit besseres Mittel als die Wettbewerbsklage, um den Angriff des Werbenden abzuwehren; sie könnten nämlich die Qualität der Ware erhöhen oder den Preis senken und damit der Werbung ihre Grundlage entziehen [4]. Der Werbende hätte dann im Ergebnis nur erreicht, daß der Kunde auf die Konkurrenzware aufmerksam gemacht würde und hätte sich selbst geschadet.

---

1) RG GR 31,1301.
2) Borck WRP 61,73; WRP 65,200,203; Leo WRP 60,295; Schäffer GR Ausl. 60,288; Prößdorf WRP 63,10; v. Gamm aaO S. 77; Giefers WRP 64,291; Schultz JuS 65,88; Illert aaO S. 65; Vogt MA 65,822.
3) WRP 62,250; ähnlich BGH GR 52,417.
4) Völp WRP 60,200; GR 62,184; OLG Bremen NJW 62,305; BKartA BB 63, 493.

Dieses Argument vermag nicht voll zu überzeugen. Einmal läßt sich die Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung nicht nur danach beurteilen, ob man sich dagegen verteidigen kann, ohne die Gerichte anzurufen. Die Sittenwidrigkeit entfällt nicht deshalb, weil der in der Werbung liegende Angriff abgewehrt werden kann, wenngleich dieses Moment bei der Bewertung nicht vollkommen unberücksichtigt bleiben sollte, weil dadurch die Gefahr der Irreführung für das Publikum herabgemindert wird. Zum anderen ist die Änderung von Preis oder Qualität nicht allein vom freien Belieben des Unternehmers, sondern von vielen anderen Faktoren, insbesondere technischer und betriebswirtschaftlicher Art, abhängig [1].

Entgegen der Auffassung von Volp [2] ist der Mitbewerber nicht berechtigt, das schlechtere Angebot seines Konkurrenten, der sich seinen Leistungen nicht anzupassen vermag, anzuprangern, um das Ausscheiden aus dem Markt zu beschleunigen. Zweck des Wettbewerbs ist es zwar, die Nachfrage zum günstigsten Angebot zu führen. Daraus folgt aber nicht unbedingt, daß derjenige, welcher sich mit seiner Leistung in den Wettbewerb begibt, es sich gefallen lassen muß, vom Mitbewerber im Vergleich zu seiner Leistung genannt zu werden [3]. Wer mit den Konkurrenzangeboten nicht Schritt halten kann, ist nicht "vogelfrei". [4]

Vom Blickpunkt des Mitbewerbers aus widerspricht es dem Anstandsgefühl des ehrbaren Kaufmanns, die Rückständigkeit eines Mitbewerbers hervorzuheben. Ob das Allgemeininteresse eine andere Beurteilung verlangt, kann hier noch nicht entschieden werden.

Schließlich kann auch nicht vorgebracht werden, bei jeder Werbung werde der Mitbewerber als Mittel zur Absatzförderung verwendet, da jede Werbung die eigene Leistung in den Vordergrund stelle und somit die Leistung des Mitbewerbers zurücktreten lasse.

Bei der vergleichenden Werbung wird der Mitbewerber nicht nur indirekt berührt; er wird unmittelbar als Vergleichsobjekt betroffen und somit erheblich stärker beeinträchtigt [5]. Die Verminderung der Erwerbschancen ist Nebenwirkung jeder Werbung; bei der vergleichenden Werbung beruht die Werbewirkung dagegen in erster Linie auf der Herabsetzung des Konkurrenten.

Vom Standpunkt des Mitbewerbers aus ist es daher sittenwidrig, wenn man "den Mitbewerber zum Vehikel letztlich gegen ihn gerichteter Werbung macht" [6]

---

1) Borck WRP 61,73; Leo WRP 60,295.
2) WRP 60,200.
3) aA OLG Bremen NJW 62,305.
4) so mit Recht Leo WRP 60,295.
5) Höfer WRP 61,209.
6) Borck WRP 62,250.

oder, um ein weiteres Bild zur Veranschaulichung zu gebrauchen, wenn sich "der Werbende auf den Schultern seines Konkurrenten aufstützt, um eine größere Leistung darstellen zu können" [1].

bb) Behinderungswettbewerb

Das Verbot wird von Leo [2] damit begründet, beim Werbevergleich handele es sich um eine Maßnahme des Behinderungswettbewerbs. Es würden negative Urteile über den Konkurrenten abgegeben, um die Kunden vom Kauf bei diesem abzuhalten. Diese Absatzhinderung bedeute die unzulässige Verschaffung eines wettbewerblichen Vorsprungs [3].

Auf die Unzulässigkeit der Behinderung des Mitbewerbers läßt sich das Verbot der vergleichenden Werbung nicht stützen. Eine Behinderung ist im Wettbewerbsrecht unzulässig, wenn der Wettbewerber seinen Konkurrenten nicht sachlich durch die Güte der eigenen Leistung bekämpfen, sondern durch wettbewerbsfremde Mittel vom Markt verdrängen will [4]. Der Behinderungswettbewerb führt zu einer Ausschaltung des Wettbewerbers vom Leistungswettbewerb.
Der lautersten Werbung ist es aber eigen, den Kunden von Konkurrenzleistungen zu sich hinüberziehen zu wollen und damit den Mitbewerber zu beeinträchtigen. Ein Anspruch auf Erhaltung seines Kundenkreises steht dem Wettbewerber nicht zu [5]. Auch das zusätzliche Moment der Kritik an einem bestimmten Mitbewerber kann allein nicht als wettbewerbswidrige Behinderung angesehen werden, da der Werbende zugleich auf seine Leistung hinweist. Durch den Werbevergleich wird der Mitbewerber gerade nicht vom Leistungswettbewerb ausgeschaltet. Der Vergleich ist vielmehr notwendiges Element des Leistungsprinzips; die Bezugnahme ist echte Leistung, da der relative Wert der eigenen Leistung hierdurch gerade konkretisiert wird [6].
Da der Werbende durch eigene Leistung in den Kundenkreis des Mitbewerbers einzudringen versucht, kann die vergleichende Werbung nicht als Behinderungswettbewerb beurteilt werden. Die Behinderungskomponente ist im Rahmen des Hellegold-Motivs mitzubewerten.

---

1) LG Düsseldorf GR 60, 91.
2) WRP 60, 295.
3) auf letzteres weist auch das OLG München GR 59, 196 hin; vgl. ferner Borck WRP 61, 73.
4) vgl. B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 104; § 1 UWG Anm. 154; Bock BB 58, 960.
5) BGH GR 52, 418; BGH BB 64, 16; OLG Stuttgart MDR 62, 60 (st. Rspr.).
6) Schwamberger NJW 61, 1186; Brinkmann WRP 63, 235.

cc) Ausbeutung fremden Rufs

Möhring [1] rechtfertigt das Verbot damit, der Mitbewerber nutze den guten Ruf der Leistung seines Konkurrenten aus und verwende ihn als Vorspann in der eigenen Werbung. Es sei wettbewerbsfremd, eine Gedankenverbindung zwischen einer beim Publikum bekannten und der eigenen unbekannten Ware herbeizuführen, um dadurch Werbeaufwendungen zu ersparen. Diese Argumentation entspricht völlig der Begründung des allgemein anerkannten Verbots der anlehnenden Werbung [2]. Diese Übereinstimmung ist nicht rein zufällig. Möhring will vielmehr anhand des als Anzeige der Ford-Werke AG veröffentlichten Testberichts [3] nachweisen, daß die kritische Gegenüberstellung mit anderen Wagentypen unter Hervorhebung der besonderen Eigenschaften des Taunus 12 M im Ergebnis nichts anderes darstellt als ein Anhängen an den Ruhm der übrigen Wagen.
Möhring übersieht, daß die anlehnende Werbung nicht als Unterfall der vergleichenden Werbung eingeordnet werden darf. Es wurde bei der Abgrenzung beider Werbungsformen darauf hingewiesen, daß die Sittenwidrigkeit der anlehnenden Werbung nicht im Vergleich, sondern in der Ausnutzung des guten Rufs des Konkurrenten liegt. Bei der vergleichenden Werbung werden aber gerade die Unterschiede der verglichenen Waren hervorgehoben. Selbst wenn daneben bestimmte Gemeinsamkeiten verdeutlicht werden, sind für die rechtliche Beurteilung allein die im Vordergrund stehenden vergleichenden Werbeaussagen maßgebend, da sich der Mitbewerber nach dem Gesamtinhalt der Reklame von dem kritisierten Konkurrenten abheben will [4]. Der gute Ruf des anderen Erzeugnisses wird gerade nicht als Vorspann benutzt, vielmehr werden die Schwächen der fremden Ware ausgewertet und diesen die Vorzüge der eigenen Ware gegenübergestellt und damit ein besserer Ruf in Anspruch genommen.
Diese Begründung zeigt auch, daß die Folgerung von Borck [5] verfehlt ist, die Behauptung, eine Ware sei besser, enthalte gleichzeitig die Aussage, sie sei zumindest ebensogut. Bei der vergleichenden Werbung werde der Mitbewerber demnach zusätzlich beeinträchtigt; die vergleichende Werbung sei verwerflicher als die anlehnende Werbung und müsse erst recht sittenwidrig sein.

Dieser Meinung müßte gefolgt werden, wenn die anlehnende Werbung ein Minus gegenüber der vergleichenden Werbung darstellen würde. Die vergleichende Werbung ist aber ein Aliud. Das Unwerturteil gründet sich nur bei der anlehnenden Werbung auf die Ausbeutung fremden Rufs; bei der vergleichenden Werbung

---

1) MA 62,968,969.
2) vgl. o. A II.
3) vgl. diese Anzeige im "Spiegel" Nr. 38/60, S. 51,52.
4) aA Greifelt Wettb 64,3.
5) WRP 61,74; WRP 65,200; ähnlich auch Spengler WRP 65,124.

wendet sich der Werbende gerade dagegen, diesem Mitbewerber gleichgesetzt zu werden. Allein in der Herabsetzung des Mitbewerbers liegt die Sittenwidrigkeit; diese ist also kein zusätzliches Moment. Anlehnende und vergleichende Werbung unterscheiden sich so deutlich, daß aus der Unzulässigkeit der einen keine Schlußfolgerungen auf das Verbot der anderen Werbung gezogen werden dürfen [1].

b) Sittenwidrigkeit im Verhältnis zur Allgemeinheit

Die Sittenwidrigkeit des Werbevergleichs wird aber nicht nur vom Blickpunkt des Mitbewerbers aus gesehen. Zur Begründung des Verbots werden auch zahlreiche Argumente vorgetragen, nach denen der Verstoß gegen die guten Sitten gerade deshalb zu bejahen sei, weil die Interessen der Allgemeinheit bei Zulassung der vergleichenden Werbung nicht ausreichend gewährleistet seien.

aa) Richter in eigener Sache

Die Unzulässigkeit des Werbevergleichs wird oft damit gerechtfertigt, der Vergleichende trete als Richter in eigener Sache auf und urteile sowohl über die eigene als auch über die fremde Leistung [2]. Hiergegen läßt sich zunächst einwenden, daß der Werbende kein Urteil fällt, sondern ein Plädoyer für die eigene Ware abgibt. Eine andere Auffassung würde in ihrer letzten Konsequenz dahin führen, daß jede Werbung sittlich anstößig ist. Ein Urteil müßte nicht nur bei der Gegenüberstellung verschiedener Leistungen, sondern bei jeder Anpreisung der eigenen Leistung angenommen werden [3].

Von der Werbung erwartet das Publikum gar nicht die Objektivität eines Richters oder eines Wissenschaftlers [4]. Der Verkehr weiß, daß jede Werbung subjektiv gefärbt ist und daß nicht alle Werbesprüche wörtlich genommen werden dürfen. Der BGH hat ausgeführt, daß der Werbende stets Richter in eigener Sache ist [5]. Wenn in dieser Entscheidung auch in erster Linie die Frage der Zulässigkeit des Systemvergleichs berührt wurde, läßt sich aus dem Zusammenhang dennoch deut-

---

1) ebenso Völp WRP 61, 140; eingeschränkt WRP 65, 129 (in Grenzfällen kann das Schwergewicht des Vergleichs in der Ausnutzung eines fremden Werbeerfolgs liegen).

2) das Argument geht auf Kohler MuW 16, 128 zurück, der daraus das Verbot herleitete; zur Begründung wird es angeführt bei z.B. RGZ 116, 281; RG GR 31, 1301; D. Reimer aaO S. 21; Herzog aaO S. 13; Bock aaO S. 87; Möhring MA 62, 969.

3) Wenzel NJW 62, 81.

4) Tetzner JZ 53, 205; NJW 62, 1087.

5) BGH GR 52, 417.

lich entnehmen, daß der BGH gerade hier allgemeine Erwägungen zur rechtlichen Beurteilung jeder Werbung anstellen will [1]. Bei einer Hervorhebung des eigenen Erzeugnisses kann daher nichts anderes gelten als bei einem Tadel der fremden Ware [2]. Da eine Differenzierung logischerweise unmöglich ist, zeigt sich schon hierin, daß das Argument lebensfremd ist, weil es sich gegen die Werbung überhaupt richtet.

Gegen diese Begründung spricht ferner, daß der Kaufmann sich gar nicht den Schein einer unabhängigen neutralen Stelle gibt, wie sie dem Richter zukommt [3]. Der Kaufmann macht gerade deutlich, von wem der Vergleich ausgeht, und selbst wenn er das Ergebnis einer wissenschaftlichen Arbeit vorlegt oder einen wissenschaftlichen Bericht in der Werbung abdruckt, macht er diesen dadurch zu seiner eigenen Werbeaussage. Der Werbende ist daher nicht mit einem urteilenden Richter zu vergleichen: er pladiert für die eigene Ware. Ebensowenig wie dem Anwalt vorgeworfen werden kann, er richte in eigener Sache, wenn er den eigenen Standpunkt kritisch mit dem gegnerischen Standpunkt vergleicht und in erster Linie die guten Seiten hervorhebt, kann dieser Vorwurf gegen einen Wettbewerber erhoben werden, der die eigene Ware mit der fremden vergleicht [4]. Wie der Richter aus der vergleichenden Darstellung der gegenseitigen Standpunkte durch die Anwälte leichter ein gerechtes Urteil fällt, wird dem Kunden ein klareres Urteil erleichtert, welche Ware vorzuziehen ist. Durch den Vergleich wird ihm diese Entscheidung nicht abgenommen. Der Kunde bleibt Richter, der Werbende hält nur ein Plädoyer in eigener Sache.

Schließlich versagt das Argument des Richters in eigener Sache in allen Vergleichen, die sich auf die Darstellung von Tatsachen beschranken. Erst bei einer Bewertung dieser Tatsachen, wie sie beispielsweise beim Warentest üblich ist, kann von einem Urteil gesprochen werden [5].
Zur Begründung des Verbots der vergleichenden Werbung kann nicht angeführt werden, der Werbende richte in eigener Sache [6].

---

1) die Kritik Kriegers BB 62, 240 ist deshalb unbegründet, wenn er darauf hinweist, daß sich der BGH lediglich mit dem Systemvergleich befaßt habe.
2) v. Lesigang WRP 62, 285, 286.
3) Borck WRP 61, 73.
4) Schwamberger NJW 61, 1188; Wenzel NJW 62, 81; Schönherr GR Ausl. 64, 193 f; s. auch Hundhausen aaO S. 94, 179.
5) BKartA BB 63, 493; Markert NJW 63, 1526.
6) vgl. ferner OLG Bremen NJW 62, 305; Leo WRP 60, 294; Höfer WRP 61, 209; Rinck BB 62, 106; Borck WRP 63, 150; Droste Betr 63, 722.

bb) Irreführung der Verbraucher, Ausschluß der Objektivität und Nachprüfbarkeit

Das Verbot wird weiterhin damit begründet, der Verkehr werde bei einem Werbevergleich irregeleitet. Der Kunde habe nicht mehr die Möglichkeit eigener unbeeinflußter Entscheidung, ihm werde ein Urteil aufgedrängt, das einseitig auf der persönlichen Meinung des Werbenden beruhe. In eigener Sache könne der Wettbewerber nicht objektiv urteilen. Eine wirkliche Aufklärung der Verbraucherschaft setze Objektivität voraus, die von einem Kaufmann, der seine Ware verkaufen wolle, nicht zu erwarten sei. Das Urteil des Kunden werde daher durch unsachliche Umstände, die mit der eigenen Leistung nichts zu tun haben, getrübt. Die sachliche Urteilsbildung des Kunden werde durch eine gefühlsmäßige Beeinflussung ersetzt [1]. Es komme hinzu, daß die Werbung gerade in der Erwartung verbreitet werde, der Verkehr werde sie nicht nachprüfen und sei dazu meist nicht imstande [2].

Eine Irreführung der Verbraucher wird ferner darin gesehen, daß das Urteil über eine Ware meist unvollständig bleibe. Mehrere Eigenschaften müßten beachtet werden, wolle man zu einer vollständigen Warenanalyse gelangen. Dies könne in einem Werbevergleich in der Regel nicht geschehen, da die wirkungsvolle Werbung kurz sein müsse und der Werbende nur die Vorzüge, nicht aber die Schwächen der eigenen Ware hervorheben werde. Die Verbraucher erhielten daher nur ein partielles Bild [3]. Dieses leite den Kunden um so eher irre, da ein einheitlicher Beurteilungsmaßstab oft fehlen werde. Verschiedene Käufer legten auf unterschiedliche Eigenschaften besonderen Wert. "Was dem einen vorzüglich scheint, findet der andere mäßig", wie Baumbach [4] diesen Gedanken zum Ausdruck gebracht hat [5]. Dem Verbraucher solle deshalb die Entscheidung überlassen bleiben, welche Vorteile seine Kaufentscheidung bestimmen; durch vergleichende Werbung werde er verleitet, weniger kritisch zu sein und die Beratung von Fachkundigen nicht mehr in gleichem Maße in Anspruch zu nehmen.

---

1) RG GR 39, 982; GR 44, 154; OLG Celle GR 62, 102; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 27, 28; v. Godin-Hoth Anm. 30 c zu § 1 UWG; D. Reimer aaO S. 21; Kraft aaO S. 226; Bock aaO S. 87; v. Gamm aaO S. 76; Martino MA 64, 462.

2) RG JW 36, 2635; RG GR 42, 366; 44, 154; v. Godin-Hoth Anm. 30 c zu § 1 UWG; Schäffer GR Ausl. 60, 288; Greifelt Wettb 62, 4.

3) Lutz MA 62, 494; 63, 633; Runge NJW 61, 1757; Krieger BB 62, 240; Spengler MA 62, 292; Greifelt WRP 62, 144; Wettb 64, 6; Moser von Filseck GR 63, 185; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 26.

4) JW 32, 3340.

5) ferner RG GR 33, 250; Frey WRP 62, 71.

Es ist nicht zu bestreiten, daß die vergleichende Werbung die Gefahr der Irreführung des Publikums mit sich bringt. Die Werbung ist nicht vollständig; nur wenige Kunden können sich durch intensives Studium der gegenseitigen Vergleiche einen umfassenden Überblick verschaffen. Der Umworbene verläßt sich auf die Werbeangaben, ohne die Subjektivität des Vergleichs ausreichend zu bewerten.

Aus diesen Gefahren darf aber nicht das generelle Verbot der vergleichenden Werbung hergeleitet werden.
Zeigt sich im konkreten Fall, daß die Werbung auf eine Irreführung der Verbraucher abzielt, ergibt sich ihre Unzulässigkeit schon aus § 1 und § 3 UWG. Die Gefahr der Täuschung des Publikums wegen der fehlenden Objektivität und Unnachprüfbarkeit des Vergleichs darf schon deshalb nicht zur Begründung des Verbots herangezogen werden, weil auch jede nichtvergleichende Werbung dieselbe Gefahr in sich birgt [1]. Wirtschaftspolitisch ist es als zweckmäßig erachtet worden, die Werbung grundsätzlich zuzulassen; damit muß man es in Kauf nehmen, daß das Ziel einer guten Werbung weniger darin liegt, den Kunden sachlich zu überzeugen, als vielmehr ihn emotionell zu beeinflussen [2]. Bei wahren, nachprüfbaren Tatsachenvergleichen sind diese Bedenken erst recht unbegründet. Hier wird das Urteil des Publikums gerade nicht getrübt, vielmehr eine wirtschaftlich orientierte Kaufentscheidung ermöglicht [3].

Auch die Unnachprüfbarkeit des Vergleichs durch den Kunden vermag das Verbot der vergleichenden Werbung nicht zu begründen. Der Verbraucher kann sich bei einem Vergleich um so mehr auf die Richtigkeit der Werbung verlassen, da der Konkurrent eine wachsame Kontrolle ausüben wird, daß sich die fehlende Objektivität des Vergleichenden nicht auf das Urteil auswirkt. Das RG [4] widerspricht sich selbst, wenn es auf der einen Seite dem Verkehr die Abwägung etwa bestehender Beschaffenheitsunterschiede vorbehält, auf der anderen Seite aber zum Ausdruck bringt, daß der Kunde regelmäßig außerstande sei, den Vergleich zu überprüfen. Wenn das Publikum nicht sachkundig genug ist, selbst den Vergleich vornehmen zu können, bedarf es dazu der Hilfe des Werbevergleichs durch den Wettbewerber selbst, um nicht allein nach dem Gefühl, sondern aufgrund rationaler Erwägungen unter mehreren Waren die günstigste auszusuchen [5].

---

1) Kleemann, Bl. d. d. Wirtsch. v. 2. 2. 62; Brinkmann WRP 63, 272, 273; Leo WRP 60, 294.

2) Leo WRP 60, 294; Kleemann aaO.

3) Völp WRP 60, 202; Schönherr GR Ausl. 64, 194.

4) GR 33, 250.

5) Die Gefahr, daß der Verbraucher sich falsch entscheidet, weil er zu bequem ist, die verschiedenen Waren gegeneinander abzuwägen, ist daher zumindest ebenso groß wie die Möglichkeit, daß er von einem eigenen Vergleich abgehalten wird, weil er sich auf die Werbung verläßt. Mit diesem Argument kann Diedrich aaO S. 14 das Verbot nicht überzeugend begründen.

Der Vergleich regt dazu an, auf die verglichenen Daten besser zu achten [1]. Die fehlende Möglichkeit, den Vergleich zu überprüfen, spricht gerade für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung [2]. Ist es dem Verbraucher nicht einmal möglich, den Werbevergleich nachzuprüfen, würde er ohne Vergleich dem Angebot der Verkäufer völlig unerfahren gegenüberstehen und damit die erhöhte Gefahr einer Fehlentscheidung gegeben sein.

Ferner kann die Ansicht, ein unvollständiger Vergleich täusche den Verbraucher, das Verbot des Werbevergleichs nicht rechtfertigen. Absolute Vollständigkeit ist dem Werbenden nicht zuzumuten, da es von ihm nicht erwartet werden kann, daß er die schwachen Stellen seiner eigenen Ware aufdeckt. Das partielle Bild, das der Kunde erhält, ist aber nicht irreführend, weil der Verkehr weiß, daß die Werbung subjektiv gefärbt ist und der Mitbewerber es selbst in der Hand hat, die beim Vergleich verschwiegenen Fehler aufzuzeigen. Die einseitige Auswahl und Zusammenstellung von Vorzügen bewirkt daher höchstens für den Augenblick eine Irreführung; bei der Veröffentlichung eines entsprechend einseitigen Werbevergleichs durch den Konkurrenten wird der ersten Werbung ihre Wirkung zum Teil wieder genommen. Durch Verwendung des gleichen Werbemittels (Fernsehwerbung zur gleichen Zeit, Zeitungsanzeige in gleicher Größe) wird auch erreicht, daß die Werbung von einem etwa identischen Personenkreis beachtet wird. Der Einwand, die Werbung komme nicht allen Lesern der Erstinformation zu Gesicht [3], greift nicht durch, da dieser Vorteil auch der Gegenwerbung zukommt. Der Werbende hat die Möglichkeit, mit der Gegenwerbung einen etwa gleich großen Kundenkreis anzusprechen.
Aus der Unvollständigkeit des Vergleichs darf nicht auf die notwendige Irreführung der Käufer geschlossen werden. Gerade weil die Ansichten darüber auseinandergehen, welche Vorzüge einer Ware von besonderem Wert sind [4], dient der Werbevergleich dem Zweck, sich aus den gegenüberstehenden Angeboten ein selbständiges Urteil über die vorzuziehende Ware zu bilden.
Der Werbevergleich kann im Einzelfall irreführen. Aus der Gefahr der fehlenden Objektivität und Unnachprüfbarkeit des Vergleichs darf jedoch nicht geschlossen werden, jeder Vergleich schade mehr als er nutze, vielmehr sollte hieraus die Folgerung gezogen werden, an die Wahrheit, Vollständigkeit und Nachprüfbarkeit des Vergleichs höhere Anforderungen zu stellen. Diese hier schon sichtbar werdenden Grenzen eines zulässigen Werbevergleichs sollen erst später näher untersucht werden.

---

1) Völp WRP 60, 200.
2) Wenzel NJW 62, 82.
3) Spengler MA 62, 292.
4) Lutz MA 62, 494.

Der Vergleich, der sich innerhalb dieser Grenzen hält, darf nicht deswegen verboten sein, weil er vom Mitbewerber ausgeht. Der Ausschluß der Objektivität und die Unnachprüfbarkeit des Vergleichs rechtfertigen die Annahme nicht, der Verbraucher werde bei einem Werbevergleich stets irregeleitet. Eine Begründung für ein grundsätzliches Vergleichsverbot ergibt sich hieraus nicht; nur in Einzelfällen begründen diese Argumente ein sittenwidriges Verhalten des Werbenden [1].

cc) Konzentrationsfördernde und mittelstandsschädliche Folgen ohne Vergleichsverbot

Das Verbot der vergleichenden Werbung wird auch damit gerechtfertigt, der Mittelstand werde gefördert und der Konzentration entgegengewirkt, da die werbewirksamen Massenmedien wie Fernsehen und Rundfunk nur für die großen Firmen erschwinglich seien. Außerdem könnten nur die Großbetriebe Wissenschaftler beschäftigen, welche die notwendigen Grundlagen für die vergleichende Gegenüberstellung zu erarbeiten hätten [2]. Diese Ausführungen gehen auf Bestrebungen zurück, die Werbung überhaupt wegen ihrer konzentrationsfördernden Wirkung zu beschränken (z.B. bei übermäßigem Werbeetat). So sprach die Freiburger Schule wiederholt von der Werbung als einem „gefährlichen Instrument des Monopols und des Großbetriebs" [3]. Es ist richtig, daß es die Reklame vielfach mit sich bringt, daß sich Meinungsmonopole bilden und halten können, insbesondere bei einer einprägsamen Schlagwortwerbung. Diesen Nachteilen stehen aber zahlreichere Vorteile gegenüber, zumal ohne Werbung der Wirtschaftskreislauf gar nicht ordnungsmäßig funktionieren könnte. Staatlich gelenkte Beschränkungen der Werbung sind unter der gegenwärtigen Wirtschaftsverfassung undenkbar.

Diese gegen die konzentrationsfördernde Wirkung jeglicher Reklame vorgebrachten Einwände sollten im Gegenteil gerade zur Zulässigkeit des Werbevergleichs hinführen. Dem Großunternehmen stehen größere Werbemittel zur Verfügung als den mittleren und kleinen Unternehmen. Diese Firmen können einem Meinungsmonopol des Großunternehmens kaum durch bessere Leistungen entgegenwirken, da ein Leistungsunterschied nur wenigen durch die Werbung des Großunternehmens

---

1) Volp WRP 60, 202; Leo WRP 60, 294; Borck WRP 61, 73; Schwamberger NJW 61, 1188; Wenzel NJW 62, 81, 82; Brinkmann WRP 63, 273; OLG Bremen NJW 62, 305; BKartA BB 63, 493.

2) Spengler MA 62, 291; WRP 65, 124; Moser von Filseck GR 63, 186.

3) vgl. die Zusammenstellung bei Spengler MA 62, 288, insbes. die Ansichten von Röpke und Rüstow.

angesprochenen Verbrauchern bekannt wird [1]. Haben sie aber die Möglichkeit, ihr Erzeugnis in der Werbung mit dem des Großunternehmens zu vergleichen, ist die Wirkung erheblich größer. Wenn sie vielfach auch nicht auf die kostspielige Werbung im Fernsehen zurückgreifen können, wird eine Großanzeige in den bedeutenden Tageszeitungen schon bewirken, daß der Verbraucher kritisch wird und selbst vergleicht. Stimmen zahlreiche durch die Werbung angesprochene Kunden mit dem Vergleich überein, wird sich der gute Ruf des Erzeugnisses weiter verbreiten und dem Meinungsmonopol allmählich die Grundlage entzogen. Der Werbevergleich ist daher das beste Mittel, dem erheblichen Werbepotential des Großunternehmens Gleichwertiges entgegenzusetzen [2].

Auch das weitere Argument, nur die Großunternehmen könnten einen objektiven Vergleich gewährleisten, da sie Wissenschaftler für diese Aufgaben zur Verfügung hätten, trägt das Verbot der vergleichenden Werbung nicht. Es wird übersehen, daß die notwendigen Vergleichsgrundlagen haufig durch andere Institute erarbeitet werden, vor allem durch die neutralen Warentestinstitute. Selbst wenn die mittleren Unternehmen die Unterschiede nicht feststellen können, steht nichts im Wege, daß sie sich die Ergebnisse der objektiven Warentests zunutze machen.
Im übrigen wird es in großem Umfang auch den kleineren Unternehmen möglich sein, die Unterschiede den Verbrauchern ohne vorangehende wissenschaftliche Untersuchungen deutlich zu machen. In anderen Fällen wird der technische Sachverständige der kleineren Unternehmen selbst den Vergleich durchführen können. Darüber hinaus hängt die rechtliche Beurteilung einer Werbung nicht davon ab, ob sich auch die mittleren und kleineren Mitbewerber derselben Werbemethode bedienen können [3].

Moser von Filseck [4] versucht schließlich nachzuweisen, daß einem in der Branche führenden Unternehmen bei einer 40 %igen Preissenkung die vergleichende Werbung dazu verhelfen könne, die mittleren und kleinen Mitbewerber vom Markte zu verdrängen, da sich diese nicht rechtzeitig auf die Preissenkung einstellen könnten. Sein Beispiel geht zunächst davon aus, daß eine 40 %ige Preissenkung vom Unternehmerstandpunkt aus möglich ist. Übersehen wird, daß

---

1) vgl. das Beispiel bei Völp GR 62, 178: die Reaktion des Unternehmers einer bekannten Markenware auf das Auftauchen eines identischen, aber billigeren Angebots besteht in einer Erhöhung der Werbeaufwendungen.
2) ebenso Völp WRP 65, 128, 129.
3) BGH WRP 65, 225.
4) GR 63, 186.

der Unternehmer bei dieser Preissenkung der steigenden Nachfrage nicht mehr nachkommen kann und der Kunde wieder auf die Ware der Konkurrenten zurückgreifen muß.
Das Beispiel beachtet ferner nicht, daß die Unternehmer, abgesehen von den rechtlichen Bedenken [1], aus Gründen der Preispolitik diesen Weg nicht einschlagen werden. Sie wissen, daß die Konkurrenten nachziehen werden; die Folge ist, daß sich der Unternehmergewinn im ganzen erheblich verringert bzw. ganz wegfällt. Eine spätere Erhöhung würde diesem Unternehmen schaden, da das Publikum erkennen würde, welche Absichten hinter der Preissenkung standen. Der Kunde würde das Vertrauen zu diesem Unternehmer und seinem Erzeugnis verlieren und sich dem Konkurrenzprodukt zuwenden.

Kann der Unternehmer im Gegensatz zu seinen Mitbewerbern die Preissenkung aber beibehalten und seine Produktionsleistung erhöhen, ist es im Allgemeininteresse gerechtfertigt, daß die übrigen Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden. Das geschieht aber nicht plötzlich, sondern läßt den Wettbewerbern genügend Zeit, die notwendigen Konsequenzen aus der Preissenkung des Mitbewerbers zu ziehen. Ein hoher Preis kann nicht damit begründet werden, er schaffe die Existenzgrundlage für mittlere und kleine Unternehmen.

In dem genannten Fall ist es aber nicht nur der Werbevergleich, der zur Bildung eines echten Monopols führt. Diese Folgen wären auch ohne Zulassung der vergleichenden Werbung eingetreten, da die Ankündigung einer 40 %igen Preissenkung, die beibehalten werden kann, hierfür ausreicht. Es ist auf jeden Fall besser, wenn die vergleichende Werbung zur Bildung echter Monopole beiträgt, als wenn das Verbot der vergleichenden Werbung Meinungsmonopolen Vorschub leistet.

Schädliche Folgen für die Konzentration und den Mittelstand hat die zulässige vergleichende Werbung daher nicht.

c) Allgemeine Erwägungen zur Begründung der Sittenwidrigkeit

aa) Rechtslage in der EWG

Zur Begründung der Sittenwidrigkeit des Werbevergleichs wird auf den Gesichtspunkt hingewiesen, daß das Verbot der vergleichenden Werbung in den Ländern

---

1) die Vernichtungsunterbietung ist nach § 1 UWG unzulässig (B. -Hefermehl § 1 UWG Anm. 222).

der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gelte [1] und daß es die Rechtsvereinheitlichung des Wettbewerbsrechts gebiete, an dem von der Rechtsprechung aufgestellten Verbot festzuhalten. [2]

Gegen diese Ansicht läßt sich vorbringen, die Rechtslage in den Nachbarländern sollte in erster Linie nur de lege ferenda, nicht aber de lege lata Beachtung finden. Wünschenswerte rechtspolitische Erwägungen für die supranationale europäische Einigung müssen insoweit zurücktreten [3].

Bei der Auslegung des Sittenbegriffs könnte jedoch ausnahmsweise die ausländische gesetzliche Regelung und Rechtsprechung herangezogen werden, wenn sie zu einer Wandlung der deutschen Anschauungen über das, was lauter oder unlauter ist, geführt hätte [4]. Eine Änderung der deutschen Anschauungen ist aber nicht durch den Einfluß der EWG-Länder bewirkt worden, weil andere Nachbarländer wie die Schweiz und Österreich sowie die USA, Großbritannien und Schweden, mit denen Deutschland lebhafte Handelsbeziehungen unterhält, von der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung ausgehen. [5] Schweden, Österreich und die Schweiz haben ferner den gleichen Ausgangspunkt wie Deutschland, da auch in diesen Ländern die Fragen des unlauteren Wettbewerbs in Spezialgesetzen geregelt sind und nicht wie in allgemeinen zivilrechtlichen Normen, wie z.B. in Frankreich, gelöst werden müssen. [6]

---

1) Spengler MA 62, 283, 284; 63, 332. Ulmer WettR 62, 50; aA Volp WRP 60, 205, der aus der Entscheidung GR Ausl. 59, 316 auf die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung in Italien schließt; tatsächlich bezog diese sich nicht auf einen Fall vergleichender Werbung; Nachweise zur rechtlichen Bewertung der vergleichenden Werbung in den EWG-Ländern bei Spengler aaO u. Volp aaO; ausführliche rechtsvergleichende Darstellung bei Schönherr GR Ausl. 64, 177 ff; Ulmer, Recht des unlauteren Wettbewerbs in der EWG, S. 125 ff; ferner im Bericht des BJustMin. BTDrucks. IV/1976.

2) Spengler MA 62, 283, 284; WRP 65, 123. Möhring, vgl. HB v. 29. u. 30. 10.62, Vortrag auf der Tagung des ZAW (s. a. ZAW-Bericht 62, S. 18); ähnlich Schäffer GR Ausl. 60, 288, der die deutsche Regelung zur Grundlage eines einheitlichen Wettbewerbsrechts in der EWG machen will.

3) Brinkmann WRP 63, 234.

4) OLG Köln WRP 62, 133.

5) Schwamberger NJW 61, 1187; v. Lesigang WRP 62, 285; Sprüngli aaO S. 154 ff; Brinkmann WRP 63, 233-235.

6) Brinkmann WRP 63, 233.

Die Forderung nach einem einheitlichen Werberecht ist sehr berechtigt, da die größeren Unternehmen ihre Waren in der gesamten Welt absetzen und eine einheitliche Beurteilung der Werbeaussagen wünschen. Wäre die vergleichende Werbung in nahezu allen Ländern verboten, würde vieles für eine gleiche Auffassung der guten Sitten in Deutschland sprechen. Eine einheitliche Anschauung der vergleichenden Werbung im EWG-Raum rechtfertigt dies nicht, da sich der Markt deutscher Firmen nicht auf die EWG-Länder beschränkt.
Gerade auf dem Werbekongreß in München, der im Oktober 1963 unter dem Thema "Werbung im Europamarkt" stattfand, wurde deutlich, daß die Werbewirtschaft die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft nur als ein Übergangsstadium zu einer wirtschaftlichen Integration aller europäischen Länder, die sich für die Freiheit des Wettbewerbs entschieden haben, auffaßt. Darüber hinaus wird eine wirtschaftliche Einheit über den Atlantik hinweg erstrebt. Das Ziel der Bestrebungen ist unter anderem die Angleichung des Wirtschaftsrechts und damit die Verwirklichung einer einheitlichen europäischen Wettbewerbsordnung.
Da die vergleichende Werbung in den EWG-Ländern verboten, in zahlreichen anderen maßgebenden Staaten aber erlaubt ist, spricht die gesetzliche Regelung und Rechtsprechung im Ausland weder für das Verbot noch für die Zulässigkeit des Werbevergleichs [1].

bb) Auswirkungen auf die Rechtssicherheit

Der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung könnte endlich entgegenstehen, daß die Rechtssicherheit nicht mehr gewährleistet wäre. Die zur Begründung des Verbots vorgetragenen Argumente der Irreführung der Verbraucher wegen der fehlenden Objektivität und Nachprüfbarkeit machten deutlich, daß eine schrankenlose Zulassung der vergleichenden Werbung untragbar ist. Diese Grenzen einer zulässigen vergleichenden Werbung müssen hier im einzelnen noch unerörtert bleiben; von der Wahrheit des Vergleichs kann jedoch ausgegangen werden, da die Werbung andernfalls mit § 3 oder § 14 UWG unvereinbar wäre.
Es liegt auf der Hand, daß der Kaufmann, der sich der Vergleichswerbung bedient, in erhöhter Gefahr schwebt, wegen Irreführung einer Wettbewerbsklage ausgesetzt zu sein [2], da der betroffene Mitbewerber jede Gelegenheit nutzen wird, den Werbenden zur Unterlassung zu zwingen. Die objektive Richtigkeit des Werbevergleichs schützt ihn noch nicht vor dieser Klage. Da die Werbung auf einen größeren Personenkreis abzielt, ist die Auffassung der

---

1) aA Schwamberger NJW 61, 1188 der die ausländische Rechtsprechung zur Begründung der Zulässigkeit anführt.

2) Kleemann, Bl. d. d. Wirtsch. v. 2. 2. 62.

Verkehrskreise maßgeblich, an die sich die Werbung richtet. Eine objektiv richtige Angabe ist daher nach § 3 UWG irreführend, wenn sie einen unrichtigen Eindruck hervorruft, selbst wenn der Werbende sie anders verstanden wissen wollte [1].

Möhring [2] befürchtet daher bei einer Zulassung der vergleichenden Werbung eine Anhäufung von Rechtsstreitigkeiten, in denen das Gericht zu prüfen hätte, inwieweit eine objektiv wahre Angabe über fremde Leistungen irreführend ist. Der Ausgang dieser Prozesse wäre unvorhersehbar, da meist demoskopische Gutachten angefertigt werden müßten. Die von Möhring in dieser Art ausdrücklich nicht gezogene Folgerung ist daher, die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung sei nicht voraussehbar, ihr Verbot diene der Rechtssicherheit.

Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. Jede Werbung unterliegt der Gefahr der Irreführung, ohne daß ein allgemeines Werbeverbot die Folge wäre; im übrigen ist eine besondere Anhäufung von Wettbewerbsprozessen nicht zu befürchten. Dies zeigen besonders deutlich die Streitigkeiten über eine Alleinstellungswerbung, die keinen besonders hohen Umfang angenommen haben, obwohl gerade dort neben der tatsächlichen auch die rechtliche Beurteilung sehr umstritten ist.
Hinzuweisen ist vielmehr darauf, daß der gegenwärtige Rechtszustand zu weit größerer Rechtsunsicherheit führt. So spricht gegen eine klare Rechtslage, daß die "Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" jährlich etwa 900 von 4000 Fällen bearbeitet, die das Gebiet der bezugnehmenden Werbung zum Gegenstand haben [3]. Die Darstellung der nach der Rechtsprechung zulässigen Ausnahmen hat ferner gezeigt, wie schwer diese Tatbestände abzugrenzen sind, so daß es der Rechtssicherheit mehr förderlich ist, wenn einem Grundsatz feste Grenzen gesetzt sind, als wenn eine Ausnahme wiederholt durchbrochen wird. Die Behauptung, die Rechtsprechung habe der Wirtschaft sichere feststehende Grenzen gesetzt, wann ausnahmsweise der Werbevergleich zulässig sei [4], wurde durch meine Ausführungen über die Ausnahmetatbestände und ihre schwierige Bestimmbarkeit zu widerlegen versucht. Deutlicher zeigt sich dies bei dem Versuch der Rechtslehre, neue Ausnahmetatbestände zu begründen [5].
Selbst wenn die Schranken des zulässigen Vergleichs nicht immer eindeutig zu ziehen sind und der richterlichen Entscheidung ein weiter Spielraum gelassen wird, läßt sich hieraus keine Gefahr für die Rechtssicherheit herleiten, wenn die gegensätzliche

---

1) BGHZ 13,253; 28,5; BGH NJW 63,536; B.-Hefermehl § 3 UWG Anm. 5,9.
2) MA 62,970.
3) vgl. Spengler Wettb 60,79; Völp WRP 61,135; auch die Zusammenstellung bei Greifelt Wettb 64,4-6.
4) Greifelt Wettb 60,83 (Disk.).
5) vgl. Spengler Wettb 60,76; Schwamberger BB 61,1222.

Auffassung zumindest die gleich großen Schwierigkeiten hat, die Grenzen des Verbots näher zu bestimmen. Der Gefahr von Rechtsstreitigkeiten wird dann nicht entgegengewirkt.

Es wird ferner eingewandt, die Zulassung der vergleichenden Werbung bringe eine allgemeine Verwilderung der Wettbewerbssitten mit sich. Es entstehe ein Kampf in der Werbung aller gegen alle; jede anscheinende Qualitätsverbesserung, selbst eine unbedeutende und kurzlebige, werde dazu benutzt, den Mitbewerber anzugreifen. Dieser Werbekampf sei wie eine Schraube ohne Ende. Die gegenseitigen Vergleiche würden der Werbung jede Sachlichkeit nehmen und zur Marktverwirrung beitragen [1].

Diese Bedenken sind für die rechtliche Beurteilung nach § 1 UWG nicht ohne Bedeutung, da gerade der BGH [2] darauf hingewiesen hat, daß mitzuberücksichtigen sei, wie sich eine Wettbewerbsmethode auswirke, wenn auch die Mitbewerber zu ihr übergingen.

Gegen diesen Einwand sprechen aber zunächst die praktischen Erfahrungen aus vielen Ländern, die den Werbevergleich zulassen. Die befürchteten Auswüchse sind dort nicht eingetreten, vielmehr ist seit langer Zeit die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung zum Vorteil der Wirtschaft wie der Allgemeinheit praktiziert worden. Weder in den USA, in England und Schweden, der Schweiz oder Österreich sind Erfahrungen gemacht worden, der Vergleich führe zu einer Verwirrung des Geschäftslebens [3], so daß in diesen Ländern auch keine ernsthaften Bestrebungen unternommen worden sind, die Zulässigkeit aufzuheben [4].

---

1) Baumbach JW 32,3340; Tetzner NJW 53,88; Leo WRP 60,298; Greifelt Wettb 62,5; Frey WRP 62,71; Krieger BB 62,240; Helle NJW 62,1177.

2) GR 59,279.

3) über die Erfahrungen, die im Ausland bei Zulassung der vergleichenden Werbung gemacht wurden, berichten aus:
Österreich: v. Lesigang WRP 62,191 f,285; Marzen ZfhwF 62,296; Spengler MA 62,284;
Schweiz: Völp WRP 62,26; Spengler aaO; Marzer aaO;
England: Sprüngli S. 47,156; Meinhardt AWD 62,169; (zulässig auch Werturteile);
USA: Spengler MA 62,284;
zusammenfassend: Brinkmann WRP 63,233-235; Schönherr GR Ausl. 64,177; vgl. ferner die veröffentlichten Entscheidungen GR Ausl. 55,96 (USA); GR Ausl. 57,38 (Engl.) sowie der Hinweis auf die englische Rechtsprechung bei Tetzner NJW 53,88 Anm. 5.

4) vgl. GR Ausl. 58,537: eine Reform des Wettbewerbsrechts wird in Schweden empfohlen, ausdrücklich aber die Einführung eines Verbots der vergleichenden Werbung abgelehnt; vgl. auch Meinhardt AWD 62,169: keine Stimmen für das Verbot der vergleichenden Werbung in England.

Zu bedenken ist ferner, daß die vergleichende Werbung allein innerhalb fester Grenzen zugelassen werden darf und daß andererseits das nach der Rechtsprechung bestehende Verbot durch zahlreiche Ausnahmen abgeschwächt wird. Eine Vielzahl von Werbevergleichen wird daher einheitlich beurteilt, ob man von der Zulässigkeit oder vom Verbot der vergleichenden Werbung ausgeht. Es bleibt nur eine schmale Zone, die abweichend bewertet wird. Warum gerade die unterschiedliche Regelung dieses Bereichs zur Verwilderung der Wettbewerbssitten führen sollte, ist nicht einzusehen, zumal es bei den bisherigen Ausnahmetatbeständen der Rechtsprechung gelungen ist, die Grenzen der Wahrheit, Sachlichkeit und Gegenständlichkeit zu finden. Die Befürchtungen, dies könne ihr bei der Festlegung der Schranken des zulässigen Vergleichs nicht gelingen, erscheinen daher einerseits wegen der Erfahrungen im Ausland, andererseits wegen der bisherigen klaren Bestimmung der allgemeinen Voraussetzungen der Ausnahmen zur vergleichenden Werbung unbegründet. Ein gegenseitiges fortdauerndes Übertreffen in der Werbung wird dadurch vermieden, daß die Verbesserung von einer gewissen Stetigkeit und Bedeutung sein muß. Unerhebliche und kurzlebige Vorzüge dürfen im Werbevergleich nicht genannt werden, da sie zur Marktverwirrung beitragen würden.
Unabhängig von der Einstellung zur Frage der vergleichenden Werbung zeigt sich im Ergebnis, daß die Mehrzahl der Vergleiche einer ähnlichen Bewertung unterliegt. Die abweichend beurteilten Werbevergleiche lassen keine gefährlichen Auswirkungen auf die Rechtssicherheit erwarten, da es die Rechtsprechung verstehen wird, die Grenzen zu bestimmen, die notwendig sind, um der Werbung die Funktion zu erhalten, den Verbraucher sachlich aufzuklären.

d) Zusammenfassung

Die Kritik zu den vorerwähnten Argumenten zur Begründung der Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung hat zu beweisen versucht, daß dem Werbevergleich vom Blickpunkt der Allgemeinheit ein Sittenverstoß nicht anhaftet und daß auch allgemeine Erwägungen ein sittenwidriges Verhalten nicht begründen können.

Die ablehnende Stellungnahme zu diesen Begründungen konzentrierte sich vor allem auf zwei Punkte, die von den Befürwortern des Verbots nicht beachtet werden: sie werfen einmal der vergleichenden Werbung vor, was jeder Werbung wesenseigen ist und damit zum Verbot jeglicher Werbung führen müßte; zum anderen schließen sie von der Gefahr, daß die notwendigen Grenzen des zulässigen Vergleichs überschritten werden könnten, auf das grundsätzliche Verbot. Diese Folgerung ist verfehlt, da nach den bisherigen Erfahrungen die Erwartung gerechtfertigt erscheint, es werde der Rechtsprechung gelingen, praktikable Grenzen festzusetzen.

Vom Mitbewerber aus läßt sich ein sittenwidriges Verhalten des Vergleichenden allein daraus herleiten, daß er sich seines Konkurrenten bedient, um die Wirkung seiner Reklame zu erhöhen und damit den eigenen Absatz zu steigern. Daß dieser Werbung nicht uneingeschränkte Sympathie entgegengebracht werden kann, wird selbst von Völp [1], einem der eifrigsten Verfechter der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung zugegeben. Damit ist aber noch nicht entschieden, daß mit dieser Begründung das Vergleichsverbot gerechtfertigt wäre.

II. § 3 UND § 14 UWG ALS RECHTSGRUNDLAGEN

Anspruchsgrundlagen für das Verbot der vergleichenden Werbung können auch § 3 und § 14 UWG sein, wenn zusätzliche Umstände vorliegen. Diese Bestimmungen sind daher nur in einem Teilbereich der vergleichenden Werbung anwendbar.

§ 3 UWG ist gegeben, wenn öffentlich oder in Bekanntmachungen für einen größeren Personenkreis über geschäftliche Verhältnisse unrichtige Angaben gemacht werden, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Unanwendbar bleibt § 3 UWG in allen Fällen eines richtigen Werbevergleichs oder bei Vergleichen, die nur für einzelne Personen bestimmt sind [2].

§ 14 UWG setzt das Behaupten oder Verbreiten kreditschädigender Tatsachen über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines Mitbewerbers voraus, die nicht erweislich wahr sind.

Das Verbot der unwahren vergleichenden Werbung ist aber unbestritten. Für das Verbot der wahren vergleichenden Werbung, die in Rechtsprechung und Rechtslehre allein umstritten ist, kann weder § 3 noch § 14 UWG als Begründung dienen.

III. VERLETZUNG DES NAMENSRECHTS (§ 12 BGB)

Die Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung wird ferner mit dem Hinweis auf eine mittelbare Namensverletzung gegenüber dem Mitbewerber zu rechtfertigen versucht. Nicht nur der unmittelbare Mißbrauch des Namensrechts, der darin liegt, daß ein fremder Name für die eigene Werbung verwendet wird, soll gemäß § 12 BGB zur Beseitigungs- und Unterlassungsklage berechtigen. Nach Herzog [3],

1) GR 62,179.
2) für letzteres vgl. die Toschi-Entscheidung des RG: RGZ 156,1.
3) aaO S. 14 ff.

Stein [1] und Ruth [2] wird das Namensrecht des Mitbewerbers mittelbar auch dadurch verletzt, daß in einem Vergleich auf dessen Ware ausdrücklich Bezug genommen wird [3].

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Namensgebrauch nicht nur zu bejahen, wenn der Name von einem Dritten, dem er nicht zukommt, für sich selbst beansprucht wird. Der Namensschutz wird vielmehr auf Fälle ausgedehnt, "in denen der Namensträger durch den Gebrauch des Namens seitens eines Dritten zu bestimmten Einrichtungen, Gütern oder Erzeugnissen in Beziehung gesetzt wird, mit denen er nichts zu tun hat" [4]. Es ist daher als Namensverletzung angesehen worden, wenn der fremde Name zu Reklamezwecken oder zur Bezeichnung des Geschäfts oder der Waren mißbraucht wird. [5]

Bei einem Werbevergleich wird das Namensrecht des betroffenen Konkurrenten nicht verletzt, wie der Schutzzweck des § 12 BGB deutlich macht. Einmal soll durch den Vergleich eine Identitätstäuschung und damit eine Verwechslungsgefahr gerade vermieden werden. Bei der vergleichenden Werbung legt der Werbende besonderen Wert darauf zu verdeutlichen, welche Unterschiede zwischen der verglichenen und der eigenen Ware bestehen. Der Sinn der Werbung liegt darin, auf die Unterschiede hinzuweisen. Eine Tauschung wird daher beim Gebrauch des Namens des Mitbewerbers gerade nicht bewirkt.

Durch den Vergleich wird ferner nicht der vom Schutzzweck des § 12 BGB umfaßte "durch den Namen repräsentierte Eigenwert" [6] des Mitbewerbers beeinträchtigt. In Einschränkung der früheren Rechtsprechung hat der BGH ausgesprochen, daß eine Namensverletzung nicht stets vorliege, wenn im Zusammenhang mit einer Werbung der Name eines anderen genannt werde; die Art dieses Hinweises könne die Annahme ausschließen, daß die angepriesenen Erzeugnisse dem Genannten zuzurechnen seien [7].

Nirgends wird deutlicher als bei einem Werbevergleich, daß die angepriesene Ware dem benannten Mitbewerber nicht zuzurechnen ist, da sich der Werbende durch den Vergleich gerade von diesem abheben will. Hier wird allein über den berechtigten Namensträger und seine Erzeugnisse eine Aussage gemacht. Selbst wenn diese unrichtig wäre, greift der Anspruch aus § 12 BGB nicht ein. Ein

---

1) MuW 32,377.

2) JW 37,2846.

3) mit Einschränkungen ebenso Denecke in BGB-RGRK § 12 BGB Anm. 12.

4) BGH BB 63,993 (bei Beurteilung des Werbespruchs: "Dortmund grüßt mit Hansa-Bier"); ebenso BGHZ 30,9; auch Erman-Böhle-Stamschräder § 12 BGB Anm. 10.

5) RGZ 74,310; RGZ 125,84; BGH LM Nr. 21 zu § 12 BGB; BGH NJW 59,525.

6) BGH NJW 59,525; BGHZ 30,10.

7) BGHZ 30,10; Erman-Böhle-Stamschräder § 12 BGB Anm. 10.

Schutz gegen unrichtige Aussagen wird durch diese Norm nicht gewahrt [1]; eine Rechtsverletzung könnte lediglich aus anderen Gründen gefolgert werden.

Dem Namensrecht kommt nicht die Funktion zu, dem Mitbewerber das Recht zu nehmen, seinen Konkurrenten bei seinem Namen zu nennen und zum Gegenstand einer wettbewerblichen Auseinandersetzung zu machen [2]. Der Mitbewerber hat sich mit seiner Leistung in den Wettbewerb begeben und muß es sich gefallen lassen, mit ihr im Wettbewerb genannt zu werden [3]. Das ist eine ausreichende Beziehung im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die eine Namensverletzung ausschließt.

Darüber hinaus wäre diese Meinung tatsächlich ungeeignet, das Verbot der vergleichenden Werbung zu begründen. Von einer Namensverletzung könnte allenfalls bei einer ausdrücklichen Nennung des Mitbewerbers die Rede sein. Das Verbot der vergleichenden Werbung ließe sich dann über eine unausgesprochene Bezugnahme leicht umgehen. Eine unterschiedliche Bewertung der erkennbaren gegenüber der ausdrücklichen Bezugnahme ist aber nicht gerechtfertigt.

Aus der mittelbaren Namensverletzung kann das Verbot der vergleichenden Werbung nicht hergeleitet werden.

IV. §§ 823 ff BGB ALS RECHTFERTIGUNG DES VERBOTS

Zur Begründung des Verbots werden schließlich die bürgerlich-rechtlichen Normen der §§ 823 ff BGB herangezogen. Bei irreführenden Werbevergleichen können sich Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 1, 3, 4, 14, 15 UWG, §§ 164, 185 ff, 263 StGB, aus § 824 BGB oder § 826 BGB ergeben. Zwischen den Rechtsnormen des BGB und den wettbewerbsrechtlichen Sondernormen im UWG besteht Anspruchskonkurrenz, wenngleich bisweilen die wettbewerbliche Regelung vorgeht [4].

Die bisher angegebenen bürgerlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen umfassen aber nur die ohnehin unproblematischen Werbebehauptungen; sie eröffnen keine neue Möglichkeit, zur Unzulässigkeit der wahren vergleichenden Werbung zu gelangen. Anders verhält es sich bei dem Versuch, den Vergleich in der Wer-

---

1) RGZ 91, 353; BGH NJW 59, 525; Staudinger-Coing § 12 BGB Anm. 76, 80; Erman-Böhle-Stamschräder § 12 BGB Anm. 10.

2) Nerreter GR 33, 11.

3) OLG Bremen NJW 62, 305.

4) vgl. B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 46; ferner BGH NJW 62, 1103; Betr 64, 104 zur Frage der Verjährung bei Anspruchskonkurrenz.

bung nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung eines sonstigen Rechts für unzulässig zu erklären.

Reimer [1] und Joetze [2] befürworten das Vergleichsverbot in erster Linie deshalb, weil es das Vertrauen, das die Abnehmer auf den kritisierten Mitbewerber gesetzt haben, beeinträchtige und zu einer Verletzung des Kredits sowie des good will des Unternehmens führe [3].

Reimer bezieht sich in seiner Begründung auf Becher [4], der nachzuweisen versucht, daß der good will "geistiges Eigentum" und damit ein eigenes Immaterialgüterrecht sei, das als sonstiges Recht geschützt werden müsse. Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob dem good will die Bedeutung eines absoluten Rechts im Sinne des § 825 Abs. 1 BGB zukommt [5]. Der good will läßt sich zumindest als Teil des Unternehmens auffassen, er gehört zu den Auswirkungen der Unternehmerleistung [6].
In dem Vergleich liegt nach dieser Meinung ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das in der Rechtsprechung und herrschenden Rechtslehre als absolutes Recht nach § 823 Abs. 1 BGB Anerkennung gefunden hat [7]. Damit wird ein Argument wieder aufgenommen, das Baumbach ursprünglich neben § 1 UWG zur Begründung des Verbots der vergleichenden Reklame herangezogen hatte [8].
Fielen unter das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zunächst nur Eingriffe in den Bestand des Unternehmens, wurden von der Rechtsprechung später auch Eingriffe in den gewerblichen Tätigkeitskreis als ausreichend erachtet. Diese Fortentwicklung zeigte sich zuerst auf dem Gebiete des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts. Hinzukommen mußte nach der Rechtsprechung die Unmit-

---

1) Komm. Kap. 78 Anm. 1.
2) aaO S. 64 ff.
3) ferner Herzog aaO S. 16, 17; Moser von Filseck GR 63, 186.
4) NJW 51, 540.
5) ablehnend Joetze aaO S. 64.
6) vgl. auch BGHZ 29, 70; unter dem Begriff des Gewerbebetriebs ist alles zu verstehen, was diesen zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt, z.B. der Kundenkreis.
7) RGZ 58, 29; BGHZ 3, 270; 8, 142; BGH NJW 52, 1103; NJW 53, 484; Enneccerus-Lehmann § 234 I 1 b; B.-Hefermehl Allg. Anm. 107 ff;
gegen uneingeschränkte Anerkennung als sonstiges Recht werden Bedenken erhoben von Gieseke GR 50, 298; Völp WuW 56, 39; Larenz II S. 371; Helle aaO S. 75 ff; v. Caemmerer aaO S. 399 f; Mestmäcker JZ 58, 526; Deutsch JZ 63, 387 ff.
8) Baumbach, 1. Aufl. Berlin 1929, § 3 A XII 4 C.

telbarkeit der Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung, um einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bejahen zu können [1].

Nach dieser Fortentwicklung der Rechtsprechung bei der Auslegung des Rechts am Gewerbebetrieb wird durch einen Werbevergleich eine unmittelbare Beeinträchtigung des Mitbewerbers bewirkt [2]. Geschützt wird der Bestand des Unternehmens und die ihm eigenen Erscheinungsformen wirtschaftlicher Tätigkeit [3]; damit verdient der good will als Ausstrahlung des Unternehmens Rechtsschutz nach § 823 Abs. 1 BGB.
Der Anwendbarkeit dieser Norm auf den Vergleich in der Werbung könnte aber der lückenfüllende Charakter des Rechts am Gewerbebetrieb entgegenstehen. Die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist subsidiär; nach ständiger Rechtsprechung tritt sie nur ein, "wenn eine andere Rechtsgrundlage nicht gegeben ist und der Zusammenhang der auf dem jeweiligen Rechtsgebiet geltenden Normen ergibt, daß eine Lücke besteht, die mit Hilfe des § 823 Abs. 1 BGB geschlossen werden darf" [4].

Von vornherein läßt sich § 823 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage wegen des subsidiären lückenfüllenden Charakters zwar nicht ausschließen, da die Anwendbarkeit des § 1 UWG gerade zweifelhaft ist [5].
Die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung ist jedoch wettbewerbsrechtlicher Natur. Nerreter [6] hat mit Recht darauf

---

1) vgl. Übersicht bei Palandt-Gramm § 823 BGB Anm. 6 g.

2) vgl. auch Brinkmann WRP 63,295; aA Fikentscher aaO S. 157, der die vergleichende Werbung nicht unter den Begriff der Unternehmensverletzung fallen lassen will; B.-Hefermehl (7. Aufl.) Allg. Anm. 55, auf die Fikentscher sich bezieht, verneinen eine Unternehmensverletzung nur für den Fall der irreführenden Werbung ohne erkennbare Bezugnahme.

3) BGH NJW 63,484.

4) BGH NJW 63,532; vgl. ferner RGZ 132,316; BGHZ 8,394; BGH NJW 62, 1104; NJW 64,153; B.-Hefermehl Allg. Anm. 115; Einl. UWG Anm. 45, 46; Tetzner Vorb. Anm. 15; Palandt-Gramm § 823 BGB Anm. 6 g.

5) Von Weitnauer Betr 63,56; Völp WRP 63,114 u. Rinck BB 63,1028 wird aus § 824 BGB die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB bei wahren Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen. Sinn und Zweck sowie Entstehungsgeschichte der Norm zeigen jedoch, daß § 824 BGB andere Schadensersatznormen nicht einengen, sondern nur ergänzen wollte; vgl. BGH Betr 63,1114; Erman-Drees § 824 BGB Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 237 Anm. 1.

6) aaO S. 99; zustimmend B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 46; Allg. Anm. 117.

hingewiesen, daß es absurd wäre, den Schwerpunkt eines bedeutenden Spezialgesetzes in ein fremdes Rechtsgebiet zu verlagern. Diese Ermahnung muß gerade bei Auslegung wettbewerbsrechtlicher Fragen im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB befolgt werden. Um zu verhindern, daß eine nach dem UWG zulässige Wettbewerbsmethode über den Eingriff in den Gewerbebetrieb verboten wird, muß zwischen diesen Normen eine Wechselbeziehung bestehen. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ist derart zu bestimmen, daß sie der Auslegung der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 1 UWG gleichkommt. [1] Ist die Handlung nicht sittenwidrig, entfällt auch eine rechtswidrige Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs.

Über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergibt sich daher keine weitere unabhängig von § 1 UWG bestehende Möglichkeit, gegen den Vergleich vorzugehen. Die Zulässigkeit bestimmt sich auch hier nach dem Begriff der guten Sitten.

V. DAS VERGLEICHSVERBOT ALS GEWOHNHEITSRECHT

Das Verbot der vergleichenden Werbung wird damit verteidigt, es beruhe auf einem gewohnheitsrechtlichen Rechtssatz, an den die Gerichte nach Art 20 Abs. 3 GG gebunden wären, selbst wenn die bisher zur Begründung vorgetragenen Argumente das Verbot nicht rechtfertigten [2].

Unklar bleibt nach dieser Ansicht, ob das Gewohnheitsrecht einem Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch nach § 1 UWG in der Auslegungszone vorgelagert ist oder ob ein selbständiger gewohnheitsrechtlicher Anspruch neben § 1 geschaffen wird [3].

Die erste Ansicht ist auf jeden Fall abzulehnen, da eine gewohnheitsmäßige Auslegung eines normativen Tatbestandsmerkmals wie des Begriffs der guten Sitten in § 1 UWG nicht möglich ist. Es ist davon auszugehen, daß § 1 UWG gültiges, gesetztes Recht ist. Ob die vergleichende Werbung mit den guten Sitten vereinbar ist, ist eine Auslegungsfrage; das Feststellen der Voraussetzungen einer Rechts-

---

1) B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 46; Fikentscher aaO S. 156; Brinkmann WRP 63, 295; Schippel aaO S. 84 (mit Einschränkungen).

2) Leo WRP 60, 296, 297; Spengler Wettb 60, 78; Rinck BB 60, 951; Frey WRP 62, 71; vgl. auch Droste Betr 63, 723 ff ("höchstens Gewohnheitsrecht"), der aber erhebliche rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bildung eines Gewohnheitsrechts geltend macht; vgl. ferner Droste WRP 64, 70; WRP 64, 304; NJW 64, 819.

3) vgl. Antoni BB 62, 1171; Brinkmann, WRP 63, 236.

norm eine Tatfrage. Die Auslegung muß ergeben, ob dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, nicht ein etwa gegebenes Gewohnheitsrecht. Die Generalklausel darf nicht zur Blankettnorm abgewertet werden; gerade im Wettbewerbsleben muß die Rechtsauslegung frei sein und eine der Dynamik des Wettbewerbs widersprechende Schematisierung vermieden werden [1].

Das Verbot der vergleichenden Werbung könnte aber unabhängig von der Interpretation des § 1 UWG gewohnheitsrechtlich begründet sein [2]. Ist eine Rechtsnorm in ständiger Rechtsprechung ausgelegt worden, so kann diese Auslegung neben der Gesetzesnorm eine selbständige Rechtsquelle darstellen [3].

Zu fragen ist, ob tatsächlich ein Gewohnheitsrecht, die vergleichende Werbung sei verboten, zur Zeit besteht. Die Entstehung des Gewohnheitsrechts durch Gerichtsgebrauch erfordert zunächst eine allgemeine lang andauernde Übung. Der Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des RG und des BGH seit der sog. Hellegold-Entscheidung aus dem Jahre 1931 [4] überzeugt nicht allein, da die Geltung nur unter der gegenwärtigen Wirtschaftsverfassung berücksichtigt werden darf. Zur Zeit der Entstehung des Verbots herrschte die Weltwirtschaftskrise, so daß Bestrebungen, den freien Wettbewerb zu beschränken, stark befürwortet wurden. Auch ab 1933 wurde dem freien Wettbewerb wenig Raum gegeben, wie auch in den Nachkriegsjahren der freie Wettbewerb von geringer Bedeutung war. Erst ab etwa 1950 kann daher die ständige Rechtsprechung des BGH zur gewohnheitsrechtlichen Begründung herangezogen werden [5]. Der entscheidende Gesichtspunkt gegen die Annahme eines gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes ist jedoch, daß ein allgemeiner Rechtsgeltungswille fehlt.

Die Frage kann offengelassen werden, ob sich ein Gewohnheitsrecht früher herausgebildet hatte [6]. Von dem Weiterbestand eines solchen gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes kann nicht mehr ausgegangen werden, wenn die allgemeine Rechtsüberzeugung zweifelhaft geworden ist. Ein allgemeines Vertrauen, daß in Zukunft gleichartige Fälle im Sinne des Verbots der vergleichenden Werbung entschieden werden [7], besteht heute nicht mehr, da die Rechtsprechung stän-

---

1) Borck WRP 61, 71; Wenzel NJW 62, 81; Antoni BB 62, 1171; B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 48, 54.

2) wie es Leo WRP 60, 297 befürwortet.

3) nach Enneccerus-Nipperdey I § 39 II 3 c Usualinterpretation genannt; ebenso Brinkmann WRP 63, 236.

4) GR 31, 1299, Entscheidung des RG v. 6.10.31.

5) so Völp WRP 61, 136; v. Lesigang WRP 62, 290; vgl. hier auch Droste Betr 63, 724; WRP 64, 71, der darauf hinweist, daß sich nach Erlaß des Grundgesetzes ein grundrechtseinschränkendes Gewohnheitsrecht nicht mehr bilden konnte.

6) so Rinck BB 62, 106; Brinkmann WRP 63, 236.

7) Enneccerus-Nipperdey I § 39 II 3 a.

dig neue weitreichende Ausnahmen begründet bzw. die anerkannten Ausnahmen weit ausgelegt hat [1]. Gerade der Begriff der guten Sitten ist wandelbar; stets sind von neuem die Wertvorstellungen, die zur Unlauterkeit in einem früheren Zeitpunkt führten, zu überprüfen [2]. Schon durch die Änderung der Wirtschaftsverfassung können sich diese Maßstäbe gewandelt haben [3].

Ferner ist zu bestreiten, daß sich die Werbenden mit dem Verbot der vergleichenden Werbung abgefunden haben und es billigen. Die von Spengler und Greifelt mitgeteilten Angaben, in welchem Umfang sich die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs mit Fragen der vergleichenden Werbung zu befassen hatte [4], ferner die Angaben von Völp über zustimmende mündliche und schriftliche Äußerungen, die für die Zulässigkeit eintraten [5], vor allem aber die große Zahl der Praktiker, die sich in Veröffentlichungen für die Zulässigkeit einsetzten, beweisen zur Genüge, daß von einem allgemeinen Rechtsgeltungswillen heute nicht mehr gesprochen werden darf. Das Aufsehen und die lebhafte Zustimmung zu den Urteilen des OLG Bremen und des LG Tübingen sowie zu dem Beschluß des BKartA [6] haben dies bestätigt.
Mit Gewohnheitsrecht kann das Verbot der vergleichenden Werbung nicht begründet werden, stets sind von neuem die Maßstäbe der guten Sitten heranzuziehen [7].

---

1) vgl. u. D V 2.
2) Droste Betr 63, 724; WRP 65, 38; Brinkmann WRP 63, 236, 237.
3) v. Lesigang WRP 62, 290; Rinck BB 62, 106.
4) Spengler Wettb 60, 79: 900 von 4000 Fällen betrafen die bezugnehmende Werbung;
Greifelt Wettb 64, 4-6: Zusammenstellung der bearbeiteten Fälle der vergleichenden Werbung aus dem Jahre 1962.
5) WRP 61, 135; WRP 65, 125.
6) OLG Bremen NJW 62, 304; LG Tübingen BB 63, 63; BKartA BB 63, 492.
7) Borck WRP 62, 249; 61, 70; Völp WRP 61, 135; Wenzel NJW 62, 81;
v. Lesigang WRP 62, 290; Antoni BB 62, 1171; Brinkmann WRP 63, 237.

D. BEGRÜNDUNG DER ZULÄSSIGKEIT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG UND KRITIK

Sind im Vorangegangenen die für das Verbot vorgetragenen Argumente erörtert worden, soll im folgenden eine Darstellung der für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung sprechenden Gründe gegeben werden.

I. VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DES VERBOTS

Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung wird mit der Erwägung begründet, eine andere Auslegung stehe im Gegensatz zu dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art 2 Abs. 1 GG) sowie dem Recht auf freie Meinungsäußerung (Art 5 Abs. 1 GG) [1]. Da der Richter nach Art 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden sei, könne er nicht zu der Auslegung kommen, die vergleichende Werbung sei verboten. Das Grundgesetz schütze gerade die wahrheitsgemäße vergleichende Werbung.

Gegen die Begründung von Schwamberger [2], der die Entfaltungsfreiheit der Marktpartner, der Anbieter auf der einen Seite, der Kunden auf der anderen Seite gegeneinander abwägt, muß abgesehen von den rechtlichen Bedenken, den Einzelanspruch des durch den Werbevergleich betroffenen Anbieters deshalb geringer zu bewerten als den Anspruch des Kunden, weil letzterer stets in der Vielzahl von Ansprüchen aller Kunden auftrete, eingewandt werden, daß Art 5 Abs. 1 GG nach herrschender Meinung als Hauptfreiheitsrecht verstanden wird. Soweit der Gehalt des Art 2 Abs. 1 GG von den besonderen Freiheitsrechten erfaßt wird, geht das speziellere Freiheitsrecht, das eine Konkretisierung des allgemeinen Freiheitsrechts darstellt, vor [3]. Hier geht es allein um die Frage, wie weit der Wettbewerber zu Äußerungen befugt ist, die zu einer Beeinträchtigung des Mitbewerbers führen, auf den sich der Vergleich bezieht. Dieser Sachverhalt berührt daher das Spezialfreiheitsrecht des Art 5 Abs. 1 GG. Auf das Recht der freien Entfaltung kann zur Begründung der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung nicht hingewiesen werden.

Burhenne [4] wird in erster Linie die Meinung zugeschrieben, das Verbot der vergleichenden Reklame für grundgesetzwidrig zu halten. Burhenne beruft sich

1) Burhenne NJW 51,251; Schwamberger NJW 61,1186; v. Lesigang WRP 62,284 f, 289 f.

2) NJW 61,1186.

3) vgl. BVerfG 6,37; BVerfG 11,238; ferner B.-Hefermehl Allg. Anm. 36 und die dort angeführten ausführlichen Literaturhinweise.

4) NJW 51,251.

ausdrücklich auf Art 5 GG, begründet seine Ansicht aber so mißverständlich, daß in der Rechtslehre der Einwand erhoben wurde, Burhenne trete in Wirklichkeit gerade für das Verbot ein [1]. Dieser Schluß geht aber zu weit, da Burhenne ausdrücklich erklärt, im Gegensatz zur Ansicht des RG und der Rechtslehre müsse die vergleichende Werbung gemäß Art 5 GG [2] jetzt als zulässig erachtet werden. Mißverständlich bleibt aber seine Äußerung, die Regel werde oft zur Ausnahme, unzulässig sei grundsätzlich die ausgesprochene Bezugnahme und die zulässige vergleichende Werbung finde ihre Schranke auch in § 1 UWG [3].

Burhenne gibt damit selbst zu, was seiner Ansicht sofort entgegengehalten wird, daß nämlich das Recht auf freie Meinungsäußerung seine Schranken nach Art 5 Abs. 2 GG in den allgemeinen Gesetzen findet. Diese Schranke könnte § 1 UWG bilden, wenn die vergleichende Werbung mit den guten Sitten unvereinbar ist [4].

V. Lesigang [5] wendet sich dagegen, § 1 UWG als Einschränkung des Art 5 GG anzuerkennen. Er argumentiert, Schranke des Rechts der Meinungsfreiheit müsse ein Gesetz sein, nicht eine Generalklausel, deren Auslegung durch das Anstandsgefühl der beteiligten Kreise bestimmt werde. Er sieht hierin eine Verletzung des Gleichheitssatzes, da der Handelsstand diskriminiert werde. Die Ausübung eines Grundrechts dürfe nicht deshalb eingeschränkt werden, weil ein Bruchteil ein Verhalten als sittenwidrig ansehe.
V. Lesigang übersieht hierbei, daß die Sittenwidrigkeit eines Verhaltens sich nicht nur nach den Anschauungen der betroffenen Gewerbetreibenden richtet, sondern daß das UWG auch den Schutz der Allgemeinheit bezweckt, deren Anschauung daher nicht unberücksichtigt bleibt. [6] Im übrigen ist auch bei der Einschränkung eines Grundrechts durch eine Generalklausel der besondere Wertgehalt des Grundrechts zu wahren, da die einschränkende Generalklausel im Geiste der Grundrechtsnorm auszulegen ist [7].

Die Verfassungswidrigkeit des Verbots der vergleichenden Werbung läßt sich daher nicht begründen.

---

1) Borck WRP 61,4; Brinkmann WRP 63,236.
2) die weiter erwähnten Art 2,11,18 GG können hier unerörtert bleiben. Art 2 GG ist das Hauptfreiheitsrecht, für die Anwendbarkeit von Art 11 u. 18 GG ist kein Anhalt gegeben.
3) Burhenne NJW 51,251,253.
4) BGHZ 14,172; OLG München GR 59,196; OLG Köln GR 62,104; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 29; Völp WRP 60,203; Seubert BB 60,966.
5) WRP 62,285,289.
6) B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 35,57.
7) BVerfG 7,208; 12,125.

Eine andere Frage ist die der verfassungsgemäßen Auslegung des § 1 UWG, die zur Begründung der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung überraschenderweise noch nicht herangezogen wurde. Grundlage der verfassungsgemäßen Auslegung muß das Erkenntnis des BVerfG im sog. Lüth-Urteil [1] sein, das Grundrecht könne auch durch zivilrechtliche Normen gemäß Art 5 Abs. 2 GG eingeschränkt werden. Bei der Auslegung dieser Normen habe sich der Richter, insbesondere bei Anwendung des Wertmaßstabes der guten Sitten, "an jene grundsätzlichen Wertentscheidungen und sozialen Ordnungsprinzipien zu halten, die er im Grundrechtsabschnitt der Verfassung finde". Das Urteil des BVerfG kann dem ersten Anschein nach nicht ohne Auswirkung auf die Auslegung des § 1 UWG bleiben, weil es auch hier um den Maßstab der Sittenwidrigkeit geht. Es ist aber zu beachten, daß im Lüth-Urteil wettbewerbliche Gesichtspunkte außer Betracht blieben [2]. Nach der Entscheidung des BVerfG darf daher nicht ohne weiteres gefolgert werden, sie lasse sich auf die Auslegung des § 1 UWG übertragen.
Die Frage, inwieweit Äußerungen mit Wettbewerbscharakter wegen Art 5 Abs. 1 GG zulässig sind, beantwortet das BVerfG nicht. Eine genaue Auslegung des Lüth-Urteils zeigt sogar, daß gerade das Fehlen jeder wettbewerblichen Absicht die Entscheidung wesentlich beeinflußt hat. Das BVerfG läßt erkennen, daß aufgrund des in Art 5 Abs. 1 GG verbrieften Rechts auf freie Meinungsäußerung nicht jede sachliche Kritik an einem Gewerbebetrieb zulässig ist [3], daß es vielmehr darauf ankomme, ob es sich "um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage" oder "um eine unmittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele" [4] handelt.

Das BVerfG führt aus, der freiheitliche Gehalt des Grundrechts komme vor allem dort zur Geltung, wo "der Redende in erster Linie zur Bildung der öffentlichen Meinung beitragen will". Andererseits seien die Schranken um so mehr zu beachten, wenn "von dem Grundrecht zum Zwecke privater Auseinandersetzungen Gebrauch gemacht werde" und "eigene Interessen wirtschaftlicher Art verfolgt" werden, insbesondere, wenn "Konkurrenzbeziehungen" zu dem durch die Äußerungen Betroffenen bestehen [5]. Der Betroffene könne sich nicht auf dieses Grundrecht berufen, wenn die Beeinträchtigung als "Wirkung der Äußerung zwar eine unvermeidliche Folge, aber nicht das eigentliche Ziel der Äußerung" darstelle [4].

---

1) BVerfG 7,198.
2) BVerfG 7,215; auch Spengler Wettb 60,77.
3) vgl. ferner BGHZ 3,280; 14,171; BGH NJW 64,31; NJW 64,1182; OLG Hamburg NJW 59,1784.
4) BVerfG 7,212.
5) BVerfG 7,212,215; vgl. auch BVerfG 12,127.

Überträgt man diese Grundsätze auf die vergleichende Werbung, so zeigt sich, daß das Lüth-Urteil gerade nicht zur Zulässigkeit des Werbevergleichs über eine verfassungsgemäße Auslegung des § 1 UWG führen kann, da die Unterschiede zu erheblich sind. Der Werbende handelt aus wirtschaftlichen, eigennützigen Motiven; er steht im Konkurrenzkampf mit dem betroffenen Mitbewerber. Vor allem ist aber die Beeintrachtigung des Mitbewerbers keine unvermeidliche Folge. Selbst wenn man dem Werbenden achtenswerte Motive unterstellt, wird er doch stets neben dem Allgemeininteresse das eigene wirtschaftliche Interesse verfolgen; jede andere Annahme würde der Lebenswirklichkeit widersprechen. Diese deutlichen tatsächlichen Unterschiede gegenüber dem Lüth-Fall verlangen eine andere Bewertung. Eine verfassungsgemäße Auslegung des § 1 UWG führt nicht zur Zulässigkeit der vergleichenden Werbung. Schutzwürdige Belange des Beeinträchtigten gebieten eine Einschränkung des Freiheitsrechts, wenn der Werbungszweck deutlich im Vordergrund steht.

In diesen Fällen ist das Recht auf freie Meinungsäußerung nicht das höherwertige Rechtsgut, da sich allein wirtschaftliche Interessen einzelner Gewerbetreibender gegenüberstehen [1]. Ein wettbewerblicher Angriff kann nicht damit gerechtfertigt werden, das Recht auf Meinungsäußerung gehe vor. Die einzelnen Interessen der Gewerbetreibenden sind im Rahmen der wettbewerblichen Sondernormen abzuwägen [2].

II. UMKEHRSCHLUSS AUS § 14 UWG

In seinem ersten grundsätzlichen Pladoyer für den Werbevergleich hat Völp [3] darauf hingewiesen, das Verbot, einen Vergleich zu den Konkurrenten zu ziehen, sei mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren. § 14 Abs. 1 UWG verbiete nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen. Es lasse sich hieraus der Umkehrschluß ziehen, daß die Verbreitung wahrer unangenehmer und sogar kreditschädigender Tatsachen über den Konkurrenten erlaubt sei. Dieses sei der eindeutige, aus § 14 Abs. 1 UWG zu entnehmende Wille des Gesetzgebers. Die Rechtsprechung mißachte diesen eindeutigen Willen, wenn sie das Verbot der

---

1) dagegen traten in der Entscheidung des BGH (NJW 64, 29, 31) die wirtschaftlichen Interessen völlig zurück gegenüber dem verfolgten staatsbürgerlichen Anliegen. Hier wurde der Eingriff in den Gewerbebetrieb durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gerechtfertigt.

2) hierzu auch BGH NJW 64, 1182.

3) WRP 60, 198; dieser Gedanke findet sich schon vorher bei Nolting-Hauff GR 31, 346, 347.

vergleichenden Werbung aus der Generalklausel des § 1 UWG herleite und damit über den in einer Spezialnorm niedergelegten Willen hinweggehe.
Völp hat seine Ansicht später eingeschränkt, ohne sie aber völlig aufzugeben [1]. Er mußte sich entgegenhalten lassen, daß er seine Ansicht selbst nicht konsequent durchführen will, da auch er die persönliche und anlehnende Werbung für unzulässig halte [2]. Dieser berechtigte Einwand führte dazu, daß Völp seine Begründung dahingehend modifizierte, die Generalklausel könne zwar neben § 14 UWG anwendbar sein, es müsse sich dann ausnahmsweise um einen Tatbestand handeln, den das Gesetz untersagen wolle. "Behauptungen über die Konkurrenz, die nicht von vornherein unter allen Umständen wettbewerbswidrig sind (wie etwa die persönliche Werbung), sind grundsätzlich erlaubt, wenn der Beklagte im Streitfall den Wahrheitsbeweis erbringt" [3]. Das Verbot der vergleichenden Werbung sei mit § 14 UWG nicht zu vereinbaren; die Generalklausel dürfe nur im Einzelfall anwendbar sein.
Gegen diese Begründung der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung sind Bedenken geltend zu machen. Es wurde zu Recht auf den Widerspruch in der Argumentation hingewiesen, da Völp den Umkehrschluß aus § 14 UWG für die vergleichende, nicht aber für die persönliche und anlehnende Werbung gelten lassen will. Schränkt Völp seine Meinung auch ein, um diesen Widerspruch zu vermeiden, so ist die Unterscheidung zwischen "von vornherein unter allen Umständen wettbewerbswidrigen Handlungen" und "nur im Einzelfall unzulässigen Handlungen" völlig unpraktikabel. Sie ist vielmehr als ein wenig überzeugender Versuch anzusehen, die offenkundig gewordene Schwäche dieser Argumentation zu verdecken.

Entweder zieht man konsequent aus § 14 UWG den Schluß, daß im übrigen wahre Tatsachenbehauptungen im Wettbewerbsleben zulässig sind, oder man bejaht die Anwendbarkeit des § 1 UWG neben den Spezialnormen. Eine Mittellösung ist ausgeschlossen.
Völp verkennt ferner die Funktion der Generalklausel des § 1 UWG, wie sie sich aus der Entstehungsgeschichte des UWG ergibt. In einem ersten Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27.5.1896 fehlte eine Generalklausel. Es zeigte sich bald, daß das Wirtschaftsleben zu vielfältig ist, als daß mit einem nur aus Einzeltatbeständen bestehenden Gesetz zum Schutze des unlauteren Wettbewerbs auszukommen wäre. Durch das Gesetz vom 7.6.1909 wurde den Einzeltatbeständen eine Generalklausel hinzugefügt [4]. Da § 14 UWG fast völlig dem § 6 des

1) WRP 61,138; NJW 61,1916.
2) so Spengler Wettb 60,78 Anm. 7; 83; Borck WRP 61,4.
3) Völp WRP 61,138.
4) zur Geschichte des UWG vgl. B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 11; Spengler Wettb 60,78; Droste Betr 63,721,722.

Gesetzes von 1896 entspricht [1], wird zunächst deutlich, daß aus der engen Formulierung des älteren Einzeltatbestandes nicht geschlossen werden darf, die Generalklausel solle insoweit nicht anwendbar sein.
§ 1 UWG hatte ferner nicht nur die Funktion, die Tatbestände zu regeln, die von den Sondernormen nicht erfaßt wurden, er sollte zusätzlich ergänzend und unterstützend neben die Einzelbestimmungen treten [2]. Die Generalklausel kann folglich auch dann angewandt werden, wenn ein Einzeltatbestand nicht erfüllt ist.
Das RG und ihm folgend der BGH sind in ständiger Rechtsprechung der Ansicht, daß zwischen § 1 UWG und den Sondertatbestanden Gesetzeskonkurrenz besteht. Dies komme schon äußerlich durch die Stellung der Generalklausel an der Spitze des Gesetzes zum Ausdruck. Auf keinem Teilgebiet werde die Generalklausel durch die Einzeltatbestände ausgeschlossen [3].
Schließlich ist zu beachten, daß sich § 14 Abs. 1 UWG darin erschöpft, anschwärzende Äußerungen über den Konkurrenten und seine Ware zu verbieten, soweit sie nicht wahr sind. Bei der vergleichenden Werbung wird zusätzlich eine Beziehung hergestellt zu der eigenen Leistung. Gerade der Vergleich durch den Mitbewerber ist das Merkmal, das die Sittenwidrigkeit begründen könnte. Dieser zusatzliche Tatumstand verdeutlicht es vor allem, warum die vergleichende Werbung von § 14 UWG nicht erfaßt wird [4].
Der Versuch, aus § 14 UWG einen Umkehrschluß zu ziehen und damit die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung zu begründen, muß aus den vorgenannten Gründen abgelehnt werden [5]. Völp scheint diesen Versuch selbst als gescheitert anzusehen, wenn er von einer letztlich nicht entscheidenden und unfruchtbaren Streitfrage spricht. [6]

---

1) vgl. Völp WRP 61,138.
2) D. Reimer GR 62,50; Brinkmann WRP 63,236; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 29; Anm. 1 vor § 14 UWG.
3) RGZ 79,327; RG GR 37,240; GR 44,35; BGH GR 54,335; BGH NJW 61,1918; OLG Köln WRP 62,132.
4) Leo WRP 60,294; Wenzel NJW 62,81;
aA Völp WRP 60,202, der diesen zusätzlichen Tat[illegible] nicht [illegible].
5) Leo WRP 60,293; Spengler Wettb 60,78; WRP 65,123; Borck WRP 61,4; WRP 65,199; D. Reimer GR 62,50; Wenzel NJW 62,81.
6) WRP 61,138; WRP 65,129.

III. HANDELN GEGEN DIE GUTEN SITTEN

Die früheren Ausführungen zu der Frage, ob die vergleichende Werbung als Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 1 UWG anzusehen ist, haben gezeigt, daß dieses lediglich vom Blickpunkt der Gewerbetreibenden aus bejaht werden könnte. Damit ergibt sich sofort die weitere Frage, wessen Auffassung der guten Sitten maßgeblich ist, die Anschauung der Gewerbetreibenden, die der Allgemeinheit oder auch die des Außenseiters auf dem Markt.

1) Konflikt der Maßstäbe zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit

Die Interessen des Außenseiters können von vornherein ausgeschaltet werden. Dies läßt sich nicht damit begründen, diese Auffassung stimme in der Regel mit der gleichgerichteten Anschauung der Allgemeinheit überein [1]. Häufig wird gerade der Außenseiter mit Werbemethoden arbeiten, die von der Allgemeinheit mißbilligt werden. Die Auffassung des Außenseiters kann schon deshalb nicht maßgebend sein, weil die Feststellung der Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung nicht vom Urteil eines Außenseiters abhängen kann, der sich vom Durchschnittsgewerbetreibenden deutlich abhebt.

Es bleibt somit bei der Auslegung der guten Sitten der Konflikt der Maßstäbe bestehen: ist allein die Anschauung des anständigen und verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden entscheidend, oder ist auf die Auffassung der Allgemeinheit abzustellen bzw. diese mitzuberücksichtigen?
In der Rechtsprechung und Rechtslehre ist diese Frage unterschiedlich beantwortet worden. In zahlreichen Entscheidungen haben das RG und der BGH bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit ausgeführt, die Verhaltensweise widerspreche nicht dem Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden [2], eine Ansicht, die auch in der Rechtslehre anzutreffen ist [3]. Diese Meinung steht der individualrechtlichen Betrachtungsweise des Wettbewerbsrechts sehr nahe, von der bei Inkrafttreten des UWG ausgegangen wurde. Etwa seit 1930 ist aber einheitlich erkannt worden, daß das Wettbewerbsrecht nicht nur die Mitbewerber vor einem unlauteren Konkurrenzkampf schützen will, sondern daß

---

1) vgl. diese Begründung bei Antoni BB 62, 1172.

2) vgl. insbesondere RGZ 48, 125; BGHZ 15, 364; OLG Koblenz WRP 58, 215; OLG Köln GR 62, 104.

3) Heintz NJW 52, 1005; Alexander-Katz NJW 54, 130; Reimer, Komm. Kap. 74 Anm. 1; Frey WRP 62, 71; Greifelt Wettb 64, 2, 8.

auch die Allgemeinheit vor Auswüchsen im Wettbewerb bewahrt bleiben soll. Neben die individualrechtliche trat die sozialrechtliche Auffassung vom Wettbewerb; nur die Synthese beider führt zum Schutzzweck des UWG und damit zu einem allseitigen Schutz der verschiedenen beteiligten Interessen [1].
In jüngster Zeit wird ausdrücklich deutlich hervorgehoben, daß sowohl die Auffassung des redlichen verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden als auch die der Allgemeinheit für die Auslegung des § 1 UWG maßgeblich ist, wie die Urteile des BGH [2] und des OLG Bremen [3] beweisen, wenngleich die praktischen Auswirkungen gering blieben, da schon früher auf die Interessen der Allgemeinheit, die vor Wettbewerbsauswüchsen geschützt werden müssen, Rücksicht genommen wurde [4].

a) Strengerer Sittenbegriff der Allgemeinheit

Der Konflikt zwischen dem Anstandsgefühl bestimmter Wirtschaftskreise und dem der Allgemeinheit wird von Bedeutung, wenn die Auffassungen beider über die Lauterkeit einer Wettbewerbshandlung auseinanderfallen. Es versteht sich von selbst, daß ein Sittenverstoß nicht davon abhängen kann, daß die Handlung kumulativ dem Anstandsgefühl des Durchschnittsgewerbetreibenden und den Interessen der Allgemeinheit zuwiderläuft. Der BGH [5] hatte diesen Konflikt für den Fall zu entscheiden, daß die Auffassung der durch die Werbung Betroffenen strenger war als die der Gewerbetreibenden. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob es sittenwidrig sei, unaufgefordert durch Hausbesuche für Bestattungsverträge Lebender zu werben. Der BGH führte aus, daß "überall dort, wo die Allgemeinheit oder ein Teil des Publikums als Objekt der Wettbewerbshandlung unmittelbar in seinen Belangen berührt wird, die Auffassung derer, an die sich die Wettbewerbshandlung richtet, nicht unbeachtet bleiben kann" [6].

---

1) hierzu Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 34,35; Hefermehl, Festschr. S. 286 m. weit. Hinw.; Fikentscher aaO S. 8,112; Kraft aaO S. 194; Koenigs GR 58,590; Schwamberger NJW 61,1187; Brinkmann WRP 63,269.

2) NJW 61,1918; NJW 63,2122; NJW 64,918; NJW 65,630; NJW 66,1558 u.a.m.

3) NJW 62,304; die Kritik von Tetzner JZ 62,277 ist insoweit unbegründet, als er der Entscheidung den Vorwurf macht, sie stelle entgegen der hM auf die Allgemeinheit ab.

4) vgl. RGZ 145,399; 160,388; RG GR 36,812; GR 38,209; GR 40,56; BGHZ 19,396; 23,371; BGH GR 60,561; ferner Brinkmann WRP 63,268 ff, der eine zusammenfassende Darstellung über den Wandel des Sittenbegriffs gibt.

5) GR 55,541; ebenso OLG Braunschweig WRP 59,49.

6) BGH GR 55,542.

Der Konflikt der Maßstabe wird vom BGH dadurch gelöst, daß er bei unterschiedlichen Maßstaben des Gewerbezweiges und der Allgemeinheit die strengere Auffassung für entscheidend hält. Diese Folgerung ist unstreitig berechtigt, wenn die Allgemeinheit die strengere Anschauung befolgt. Ist die Werbung dem Publikum nicht zuzumuten, müssen die geschäftlichen Belange der Gewerbetreibenden zurücktreten.

b) Strengerer Sittenbegriff der Gewerbetreibenden

Die Frage ist, ob auch die umgekehrte Auffassung gerechtfertigt ist, daß namlich die Anschauung des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden maßgeblich ist, wenn dieser höhere Anforderungen an das wettbewerbliche Verhalten stellt [1]. Für die Problematik der vergleichenden Werbung ist dies von größter Bedeutung, da es sich erwiesen hat, daß das Anstößige gerade im Verhalten gegenüber den Mitbewerbern gesehen wird, so daß eine strengere Auffassung der Gewerbetreibenden in dieser Frage auf der Hand liegt. Dies ist schon deshalb um so verstandlicher, weil der Angreifer von heute leicht der Angegriffene von morgen sein kann und die meisten Unternehmer eine Verschärfung des Wettbewerbs im eigenen Interesse vermeiden möchten. Zeigt sich auch in den Kreisen der Wirtschaft ein deutlicher Wandel [2], bleibt kein Zweifel, daß der Werbevergleich von den Gewerbetreibenden in der Mehrzahl abgelehnt wird, wofür vor allem die Stellungnahmen des Markenverbandes [3] und des Zentralausschusses der

---

1) diese Ansicht vertreten B. -Hefermehl Einl. UWG Anm. 57; v. Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 7; Borck WRP 61,1.

2) vgl. die zustimmenden Äußerungen der Wirtschaft nach einer Umfrage der "DM" Nr. 6/61 v. 20.11.61, S. 18,19; ferner Feldmann (Degussa) Disk. Wettb 60,82; BB 63,673; Kundschat Disk. Wettb 60,83; Anzeige des Volkswagenwerks: "Schade, daß wir nicht vergleichen dürfen", "DM" Nr. 26/62, S. 19; Anzeige der Pfaff AG: "Sie dürfen ja vergleichen - wir nicht", "DM" Nr. 50/63, S. 32; Anzeige der Ford-Werke "Spiegel" Nr. 38/60, S. 51,52; Anzeige von Neckermann: "Wir dürfen Versicherungs-Prämien nicht vergleichen, aber Sie können es!" "DM" Nr. 52/65, S. 51; Völp WRP 61,136, der darauf hinweist, daß viele von einer deutschen Werbeagentur betreute Firmen sich durch das Verbot an einer sachgemäßen Formulierung ihrer Werbeaussagen gehindert sehen; ferner die Hinweise bei Völp WRP 65,125.

3) Lutz MA 62,494; MA 64,523; Ahrens MA 63,604; Muthesius, Festschrift S. 21.

Werbewirtschaft [1] beredtes Zeugnis ablegen [2]. Diese Tendenz wurde auch auf der Mitgliederversammlung der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. am 26.11.1963 in München deutlich. Ein großer Kreis sachverständiger Kaufleute und Verbandsgeschäftsführer billigte ohne Gegenstimme nach kurzer Debatte die im Geschäftsbericht von Greifelt [3] vorgetragene Ansicht, der ehrbare Kaufmann halte die vergleichende Werbung für sittenwidrig, die werbende Wirtschaft wünsche daher keinen Werbevergleich.

aa) Mittelbarer Einfluß des GWB

Die Anschauung der Allgemeinheit muß aber auch einer strengeren Sittenauffassung der Gewerbetreibenden vorgehen, wenn man nicht in Konflikt mit den Grundzielen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geraten will. Es bestehen zwar deutliche Unterschiede zwischen dem Anwendungsbereich des GWB und dem des UWG. Das GWB befürwortet die Freiheit des Wettbewerbs und grenzt die zulässige von der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ab. Das UWG strebt einen lauteren Wettbewerb an und ist auf Bekämpfung unlauterer Wettbewerbsmethoden gerichtet. Diese unterschiedliche Zielsetzung beider Gesetze schließt die zwischen ihnen bestehenden Wechselbeziehungen nicht aus; das UWG und das GWB sind Teile des einheitlichen Rechts der Gesamtordnung des wirtschaftlichen Wettbewerbs [4], so daß die gegenseitige Abhängigkeit der Normen beider Rechtsgebiete nicht übersehen werden darf. Sie zeigt sich vor allem darin, daß der Anwendungsbereich des GWB auf den lauteren Wettbewerb beschränkt ist. Außerhalb des lauteren Wettbewerbs ist die Wettbewerbsfreiheit nicht mehr gewährleistet. Vereinbarungen, nach UWG verbotenes Verhalten zu unterlassen, verstoßen nicht gegen das Kartellverbot des § 1 GWB [5]; sie beschränken den Wettbewerb nicht, fördern ihn vielmehr, da sie wettbewerbsver-

---

1) ZAW-Bericht 64 S. 61 ff; 65 S. 72 ff; Tigges, Ansprache auf der Herbsttagung des ZAW am 24./25.10.62 in "Marktrisiko und Wirtschaftswerbung" S. 7; Entschließung des ZAW-Präsidialrats vom 8.4.1964 "Gegen schrankenlose vergleichende Werbung" in Betr 64, 909.

2) vgl. ferner die Stellungnahme der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels WiuW 62, 204.

3) Wettb 64, 1-8; vgl. ebenso Wettb 65, 1; 65, 48.

4) Fikentscher aaO S. 5; B.-Hefermehl Allg. Anm. 79 ff; Brinkmann WRP 63, 270; vgl. hier auch Ulmer aaO S. 15, 16, der frühzeitig auf die "Sinnzusammenhänge" zwischen dem Kartellrecht und dem UWG hingewiesen hat.

5) B.-Hefermehl § 1 GWB Anm. 36.

fälschende Tendenzen beseitigen. Durch das GWB soll eine bestimmte Wirtschaftsordnung verwirklicht werden. Dem freien Wettbewerb wird eine große Bedeutung beigemessen. Über den Bereich des Kartellrechts hinaus wird dadurch das gesamte Wettbewerbsrecht beeinflußt; bei Kollisionen muß das GWB als das jüngere Gesetz vorgehen [1].

Dieser mittelbare Einfluß des GWB wirkt sich insbesondere beim Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb aus, das wirtschaftspolitisch neutral ist [2]. Zwischen den Normen des § 1 GWB und des § 1 UWG besteht ein Spannungsverhältnis, das über eine den wesentlichen Grundsätzen der geltenden Wirtschaftsordnung entsprechende Auslegung der guten Sitten gelöst werden muß. Eine Anpassung wird durch die Wandelbarkeit des Begriffs der guten Sitten erleichtert [3].

Legt man diese Grundsatze der Auslegung des § 1 UWG zugrunde, wird deutlich, daß das strengere Anstandsgefühl der Gewerbetreibenden sich nicht über den weniger strengen Sittenbegriff der Allgemeinheit hinwegsetzen kann. Das Anstandsgefühl der Allgemeinheit hat den Vorrang, selbst wenn es nicht die strengere Anschauung beinhaltet. Eine andere Ansicht überließe es den Gewerbetreibenden, unerwünschte Wettbewerbsmethoden für unlauter zu erklären und damit ihre weitere Verwendung zu unterbinden. Dem Gruppenegoismus bestimmter Wirtschaftskreise würde die Befugnis eingeräumt, den Wettbewerb zu beschränken, ohne daß die Kartellbehörden nach dem GWB einschreiten könnten, da gerade der gesetzwidrige Wettbewerb außerhalb des Schutzbereichs des GWB liegt.

Es wurde mit Recht darauf hingewiesen, daß auf diese Weise wichtige Wettbewerbsmittel ganz der Zuständigkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entzogen werden könnten, da die Gewerbetreibenden häufig als unlauter erachten, was nach heutiger Ansicht nur unter besonderen Umständen wettbewerbsfremd ist, wie z.B. die Abwerbung von Mitarbeitern oder der Verkauf unter Selbstkosten [4]. Die Feststellung der guten Sitten im Wettbewerb darf nicht den betroffenen Wirtschaftskreisen vorbehalten bleiben, da sie sich auf den Wettbewerb auswirkt und damit die Interessen der Allgemeinheit berührt. Die Gruppenmeinungen müssen zurücktreten, wenn man der Sozialbezogenheit unserer Wirtschaftsordnung gerecht werden und nicht zu einseitig aufgestellten guten

---

1) hierzu Völp WRP 61,136; Antoni BB 62,1172; Koenigs GR 58,590; Döll BB 60,1106; Prößdorf WRP 63,10; Brinkmann WRP 63,271; BKartA BB 63, 493.

2) Koenigs NJW 61,1042; Antoni BB 62,1172; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 63,1623.

3) vgl. u.a. B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 74 m.weit.Hinw.

4) Antoni BB 62,1173.

Sitten zu Lasten bloßer Marktobjekte gelangen will [1].
Ist daher die Sittenanschauung der Wirtschaftskreise strenger als die der Allgemeinheit, muß letzterer der Vorrang eingeräumt werden [2], da das Ziel des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs, andernfalls nicht zu gewährleisten wäre.

bb) Hinweis auf die Wettbewerbsregeln

Dieses Ergebnis läßt sich zusätzlich durch einen Hinweis auf die Wettbewerbsregeln stützen. Den Wirtschafts- und Berufsvereinigungen steht gemäß § 28 GWB das Recht zu, Bestimmungen über das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb aufzustellen und in das Wettbewerbsregister eintragen zu lassen.

Dies führt aber nicht dazu, daß es den Berufs- oder Wirtschaftsvereinigungen überlassen bleibt, für ihre Mitglieder einen Katalog unerwünschter Wettbewerbsmethoden, die für den einzelnen Wirtschaftszweig gerade typisch sind, aufzustellen und den Wettbewerb nach ihrem Belieben frei zu beschränken. Der mögliche Inhalt der eintragungsfähigen Wettbewerbsregeln sowie das der Eintragung vorhergehende Verfahren sorgen für die notwendige Einschränkung.
Der zulässige Inhalt der Wettbewerbsregeln nach § 28 Abs. 2 GWB ist bisher noch nicht geklärt. In der Literatur wird unterschiedlich zu der Frage Stellung genommen, ob Wettbewerbsregeln sich darauf beschränken müssen, die Auslegung des UWG und seiner Nebengesetze wiederzugeben (sog. schwarze Zone) [3] oder ob auch die sog. graue Zone regelbar ist, d.h. Verhaltensweisen, die im Grenzbereich zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb liegen, die als unfair oder unseriös gelten oder deren rechtliche Beurteilung zweifelhaft ist [4].

Dieser Meinungsstreit soll hier nicht weiter verfolgt werden. Mit beiden Ansichten ist es zu vereinbaren, daß das entscheidende Gewicht der Sittenanschauung der Allgemeinheit beigemessen wird. Folgt man der ersten Ansicht, daß nur die schwarze Zone regelbar ist, versteht sich das von selbst, da dann die Wirtschaftsvereinigungen nicht nach ihrem Ermessen Wettbewerbsverstöße festsetzen können, sondern an die Auslegung des UWG gebunden sind, die wiederum gemäß den früheren Ausführungen vom Anstandsgefühl der Allgemeinheit bestimmt wird.

---

1) Reimann WuW 57, 621, 624; vgl. auch Völp WRP 61, 139; GR 62, 181; Markert NJW 63, 1525 m. Hinw. auf OLG Stuttgart BB 63, 496.
2) Antoni BB 62, 1173; Völp WRP 61, 140; Rinck, Festschr. S. 168; Brinkmann WRP 63, 269.
3) Reimann WuW 57, 623; Bock BB 58, 958; Lukes aaO S. 125; Fikentscher aaO S. 301.
4) Franzen WuW 57, 749; Benkendorff WuW 58, 419; Koenigs GR 58, 592; Rinck, Lehrb. S. 252; B.-Hefermehl § 28 GWB Anm. 10; v. Brunn WRP 64, 181.

Auch nach der zweiten Meinung, die auch die Regelung der grauen Zone für zulässig erachtet, bleiben die Belange der Allgemeinheit gewahrt. Dieser Ansicht wird zwar vorgeworfen, dem Werbenden dürfe nicht überlassen bleiben zu beurteilen, was im Wettbewerbsleben zulässig sei; die Verbände hätten sich daher als Vertretung spezieller Interessen Selbstbeschränkung aufzuerlegen [1].

Der Einwand ist aber nur insofern berechtigt, als er sich gegen Rheinfels [2] richtet, der es den Verbänden ermöglicht, über die Wettbewerbsregeln jeden unbequemen und unerwünschten Wettbewerb auszuschalten. Diese Ansicht von Rheinfels wird gerade von der zweiten Meinung abgelehnt. Der Wettbewerb darf von den Verbänden nicht ohne sichere Grenzen beschränkt werden; Wettbewerbsregeln im Bereich der grauen Zone müssen den Leistungswettbewerb fördern [3]. Der Begriff des Leistungswettbewerbs verhindert, daß der Gruppenegoismus der betroffenen Wirtschaftskreise sich über das Allgemeininteresse hinwegsetzen kann.
Aber nicht nur der zulässige Inhalt der Wettbewerbsregeln zeigt den Vorrang der Anschauung der Allgemeinheit, sondern vor allem das vorgeschriebene Eintragungsverfahren. Die Kartellbehörde hat nach § 30 GWB nichtbeteiligten Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe sowie den Wirtschafts- und Berufsvereinigungen der durch die Wettbewerbsregeln betroffenen Lieferanten und Abnehmern Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben; sie kann sogar eine mündliche öffentliche Verhandlung über den Antrag durchführen.

Diese weitgehenden Anhörungsrechte zeigen gerade, daß die etwa strengere Anschauung der Wirtschaftskreise nicht allein maßgeblich sein kann. § 31 GWB beweist, daß eine Regel abzulehnen ist, die der Wirtschaftsverfassung widerspricht. Die Anschauung der Gewerbetreibenden wird gerade am Allgemeininteresse gemessen. Dieses ist der Sinn des Prüfungsverfahrens, da sich die Prüfung der Kartellbehörde gerade gegen die Gewerbetreibenden richtet, auf deren strengere Sittenauffassung es daher nicht ankommen kann [4].
Aus der rechtlichen Ausgestaltung der Wettbewerbsregeln im GWB läßt sich daher ein weiterer Anhaltspunkt dafür entnehmen, daß der Maßstab der Allgemeinheit bei der Auslegung der guten Sitten vorrangig ist, selbst wenn die Wirtschaft die strengere Ansicht vertritt.

---

1) vgl. Reimann WuW 57,621,625.
2) Betr 57,814.
3) Benkendorff WuW 58,424; Koenigs GR 58,592; Rinck, Lehrb. S. 253; B. Hefermehl § 28 GWB Anm. 10; ebenso BKartA Betr 63,1284 bei der Entscheidung über die Wettbewerbsregeln Deutscher Makler; BKartA Betr 64,148; ähnlich KG Betr 64,1695.
4) Antoni BB 62,1173.

2) Vereinbarkeit der vergleichenden Werbung mit den Interessen der Allgemeinheit

Ist der Konflikt der Maßstäbe: Allgemeinheit - Gewerbetreibende zugunsten des Allgemeininteresses zu lösen, stellt sich die Frage, ob der Werbevergleich mit den Belangen der Allgemeinheit zu vereinbaren ist. Die Gesamtwürdigung aller Auswirkungen auf den Wettbewerb wird zeigen, ob die vergleichende Werbung sich innerhalb der guten Sitten hält oder aber wettbewerbswidrig und damit nach § 1 UWG unzulässig ist [1].

a) Markttransparenz durch vergleichende Werbung

Ausgangspunkt der Frage, wie sich der Werbevergleich im Wettbewerb auswirkt, ist zunächst, ob er den Aufgaben, welche die Werbung im Wettbewerb zu erfüllen hat, gerecht wird.

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, wenn man an diesem Punkt auf den in der Wirtschaftswissenschaft ausgetragenen Meinungsstreit eingehen wollte, welches die Hauptaufgabe der Werbung ist. Nach einer Ansicht liegt das Hauptgewicht bei der Beeinflussung des Kunden, der zum Kauf der angebotenen Ware veranlaßt werden soll [2], nach einer zweiten immer mehr in den Vordergrund tretenden Meinung will die Wirtschaftswerbung in erster Linie informieren, sie will den Absatz- und Beschaffungsmarkt transparent machen [3]. Diese Frage braucht hier nicht erörtert zu werden. Von jeder Seite wird zugegeben, daß die Werbung beide Aufgaben zu erfüllen hat [4], daß die Wirtschaftswerbung das Zusammenwirken von Information und Beeinflussung voraussetzt.
Soll die Allgemeinheit ein besseres Urteil über die vergleichende Werbung fällen als die Gewerbetreibenden, nach deren Anstandsgefühl im Werbevergleich ein sittenwidriges Verhalten liegt, muß ihrem Bedürfnis nach Information ausreichend Rechnung getragen werden und muß die vergleichende Werbung tatsächlich die Markttransparenz erhöhen. Da erst die Überschaubarkeit der Marktbedingungen für alle Marktteilnehmer ein wirtschaftliches Verhalten ermöglicht, ist Markt-

---

1) vgl. Völp GR 62,182, der hervorhebt, daß bei der rechtlichen Beurteilung von der Einwirkung auf den Wettbewerb auszugehen ist; diese Bewertung führe zur Sitten- bzw. Wettbewerbswidrigkeit.

2) Gutenberg aaO S. 394; Seyffert aaO S. 13,16,45; Marzen ZfhwF 62,284; ZAW-Bericht 62, S. 14.

3) Hundhausen aaO S. 179; Wilhelm S. 60 in "Marktrisiko und Wirtschaftswerbung"; Wilhelm MA 64,410; Meyer-Cording JZ 64,311.

4) Hundhausen aaO S. 177 ff zählt sogar 34 Funktionen der Werbung auf.

transparenz notwendig, damit der Wettbewerb seine Funktion erfüllen kann und die Nachfrage den besten Weg zum günstigsten Angebot findet.

Die Frage, ob die vergleichende Werbung die Markttransparenz fördert, läßt sich nicht leicht beantworten und hat in der Rechtslehre eine unterschiedliche Antwort gefunden [1].

Einerseits wird nicht bestritten, daß dem Verbraucher angesichts der technischen Entwicklung, der Arbeitsteilung und Spezialisierung der Marktüberblick verlorengegangen ist. Der Verbraucher steht heute einem unübersehbaren Angebot gegenüber, das er nicht mehr beurteilen kann. Der fehlenden Möglichkeit, sich selbst über die unterschiedlichen Angebote zu unterrichten, wird abgeholfen durch einen Werbevergleich des Anbieters. Als Marktinformant zieht dieser einen Vergleich der eigenen zur fremden Ware, den der Verbraucher mangels Zeit und Sachkunde nicht anstellen könnte. Dem Verbraucher wird die Marktorientierung erleichtert. Er entscheidet nicht mehr rein gefühlsmäßig, sondern nach rationalen Erwägungen [2].

Hiergegen wird eingewandt, daß die Verbesserung der Markttransparenz nur eine scheinbare sei, tatsächlich werde der Verbraucher eher verwirrt. Er erhalte zwar ein Mehr an Informationen, man dürfe aber nicht außer acht lassen, daß er auch zahlreiche mißverständliche oder irreführende, vor allem unvollständige Vergleiche lesen werde, die ihm ein falsches Bild von der Güte einer Ware vermitteln. Dadurch werde er voreingenommen und sei nicht mehr unbeeinflußt; die richtige Kaufentscheidung werde erschwert. Die Marktverwirrung werde vor allem dann deutlich, wenn die Vergleiche voneinander abwichen und sich widersprachen [3].

---

1) die Förderung der Markttransparenz durch einen Werbevergleich bejahen:
Völp WRP 60, 204; GR 62, 184; WRP 65, 129; Döll BB 60, 1107; Koenigs NJW 61, 1044; Schwamberger NJW 61, 1186; Antoni BB 62, 1172; Rinck BB 62, 105; Wenzel NJW 62, 82; Tetzner NJW 62, 1087; Prößdorf WRP 63, 10; Brinkmann WRP 63, 279, 291; BKartA BB 63, 495; Schönherr GR Ausl. 64, 194; Droste WRP 64, 71;
anderer Ansicht sind:
Leo WRP 60, 296; Spengler Wettb 60, 83; Disk. IV MA 62, 292; WRP 65, 124 Borck WRP 61, 3; Krieger BB 62, 240; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 29; Greifelt WRP 62, 144; Wettb 64, 34; Wettb 65, 48; ZAW-Bericht 62 S. 59; Eingabe der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an den Bundesjustizminister GR 63, 251.

2) Völp WRP 60, 200; auch Meyer-Cording JZ 64, 311, 312.

3) Leo WRP 60, 296.

Es ist nicht zu leugnen, daß ein unvollständiger Vergleich ein partielles Bild ergibt, das bisweilen einen falschen Eindruck erwecken könnte. In der Regel geht der Verkehr aber mit der gehörigen Vorsicht an die Beurteilung des Vergleichs, da er weiß, daß das Urteil nicht von neutraler Warte abgegeben wird und damit subjektiv gefärbt ist. Die notwendigen Korrekturen wird mit Sicherheit der Konkurrent vorbringen, nicht nur als Abwehr gegen den einseitigen Vergleich des Mitbewerbers, sondern auch um seiner Reklame eine besondere Werbewirkung zu geben. [1]

Es wäre illusorisch und lebensfremd, Vollständigkeit des Werbevergleichs zu verlangen. Eine einprägsame Werbung muß kurz sein, wenn sie überzeugen will. Im übrigen ist ein alle Vor- und Nachteile umfassender Vergleich dem Wettbewerber nicht zuzumuten. Wollte man den Vergleich in der Werbung nur unter der Voraussetzung zulassen, daß er vollständig ist, könnte man ihn ebensogut verbieten, da es von dem Mitbewerber nicht erwartet werden kann, auf Schwächen seiner eigenen Leistung vollständig hinzuweisen. Ein vollständiger Werbevergleich ist schon deshalb ausgeschlossen, weil ein einheitlicher Beurteilungsmaßstab häufig dafür fehlt, ob eine bestimmte Eigenschaft der Ware als erwähnenswerter Nachteil anzusehen ist oder ob es sich dabei um einen mehr oder weniger unerheblichen Vorteil handelt.
Die fehlende Vollständigkeit des Vergleichs steht einer erhöhten Markttransparenz nicht entgegen, wenn gewährleistet ist, daß gewisse Mindestanforderungen eingehalten werden, durch die eine Irreführung der Verbraucherschaft ausgeschlossen wird [2]. Weiterhin bedarf es keiner längeren Ausführungen, daß die Gefahr einer unrichtigen und mißverständlichen Werbeaussage nicht gegen die Markttransparenz spricht; sie ist bei der Werbung nie auszuschließen [3].
Entgegengesetzte Vergleiche, die sich klar widersprechen, tragen nicht mehr zur Marktverwirrung bei als die irreführende Reklame. Die betroffenen Unternehmen werden nichts unversucht lassen, bis der unrichtige Vergleich nicht mehr verwandt wird. Beziehen sich die entgegengesetzten Vergleiche auf verschiedene Vergleichspunkte, wird der einseitige Vergleich des Mitbewerbers ergänzt; dem Verbraucher werden auf diese Weise weitere Informationen über die konkurrierenden Waren verschafft. Es mag zugegeben werden, daß die Vielzahl der Vergleiche den Verbraucher am Anfang leicht verwirren wird. Er wird sich aber schnell an diese neue Informationsquelle gewöhnen, zumal sich auch die Unternehmer auf wenige Vergleichspunkte beschränken werden, da sie wissen, daß gewisse Tabus im eigenen Interesse von Vorteil sind.

---

1) zu diesen zusammenfassenden Ausführungen im einzelnen vgl. o. C I 3 b bb, S. 70 f..

2) hierzu vgl. u. E IV.

3) vgl. Gutenberg aaO S. 395: Werbung erhöht nicht notwendigerweise die Markttransparenz.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Folgerung von Schwamberger [1], das Verbot der Bezugnahme bringe die Gefahr der Irreführung mit sich. Ein Angebot könne dadurch unwahr werden, daß der Kunde von unzureichenden Vorstellungen über den relativen Wert der Leistung ausgehe. Die Bezugnahme sei lauter, weil sie Klarheit und Wahrheit im Wettbewerb bewirke und Täuschungen der Käufer vorbeuge.

Die Marktverwirrung ist eine Folgeerscheinung jeder Werbung; ohne Werbevergleiche ist der Markt für den Verbraucher völlig unübersichtlich und zwingt ihn zu gefühlsmäßigen anstelle von marktbewußten und wirtschaftlich vernünftigen Entscheidungen.
Greifelt [2] versucht nachzuweisen, daß die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung nicht mit der Erhöhung der Markttransparenz begründet werden könne, weil der Verbraucher keinen Wert auf Markttransparenz lege. Nur wenige Verbraucher seien sachkundig, kritisch und wirklich interessiert, die Angebote zu prüfen und zu vergleichen. Das Gros werde von den Gefühlen verleitet und habe keine Zeit für lange Informationen.

Diese von Greifelt hervorgehobenen wirtschaftlichen Gesichtspunkte zur vergleichenden Werbung gehen an der Lebenswirklichkeit vorbei. Sie mögen zutreffen für kleine Gelegenheitskäufe, sie sind undenkbar bei größeren einmaligen Anschaffungen, ebenfalls bei regelmäßigen kleinen Einkäufen. Greifelt geht zu sehr von der Macht der Werbung und der Ohnmacht der Verbraucher aus, wie sie von Packard in den "Geheimen Verführern" so anschaulich geschildert wurden. Diesen Mythos der Werbung hat Bongard [3] zu entschleiern versucht, der dem Verbraucher bescheinigt, daß er nicht jeder Werbung unterliegt und den Verführungen der Werbung häufig genug widerstehen kann [4].
Die Annahme, der Verbraucher sei wenig sachkundig und unkritisch, ist aber leicht verständlich. Sie gibt vielfach das tatsächliche Erscheinungsbild eines Verbrauchers wieder, der einem wenig differenzierten, mannigfachen Angebot hilflos gegenübersteht, weil das Verbot der vergleichenden Werbung die notwendige Überschaubarkeit des Marktes verhindert. Da der Verbraucher nicht sachkundig genug ist, muß der Anbieter ihm zur Hilfe kommen und als Marktinformant auftreten. Der Anbieter überschaut den Markt am besten. Ihm ist es ein Leichtes, Vergleiche durchzuführen, die dem Verbraucher entweder überhaupt

---

1) NJW 61,1187.
2) WRP 62,144.
3) "Männer machen Märkte".
4) vgl. auch Suhr MA 54,169: "Man sollte mit der Legende aufhören, daß der Mensch ein willenloses Objekt der Reklame sei."; ebenso Meyer-Cording JZ 64,312.

nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten möglich sind. Der erhebliche Zeitaufwand schreckt viele Verbraucher vor einer genauen Marktinformation zurück; aus Bequemlichkeit unterbleibt der Vergleich. Genommen wird oft die teuerste Ware; erst die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung würde dem Qualitätswettbewerb die wünschenswerte Bedeutung zukommen lassen. Der Verbraucher, der nicht sachkundig genug ist, um sich selbst zu unterrichten, muß über die Marktlage aufgeklärt werden.

Diese Aufgabe übernimmt niemand besser als der Anbieter mit Werbevergleichen. Die echte Marktinformation läßt sich nur durch einen wahren und sachlichen Leistungsvergleich erreichen, nicht durch die Mitteilung von einzelnen Vorzügen [1]. Diese Aufgabe kann auch der Warentest nicht erfüllen, der das beste Beispiel dafür ist, wie sehr der Verbraucher an einer Gegenüberstellung der verschiedenen Leistungen interessiert ist, um eine bessere Auswahl zu treffen. Der Warentest hat nach seinem Aufkommen in den USA und in England dank der Initiative der Zeitschrift "DM" auch in Deutschland eine große Bedeutung erlangt. Es erscheint zwar die Folgerung, das Verbot der vergleichenden Werbung habe dem Warentest erst den Weg bereitet [2], ein wenig übertrieben, zumal sich der Warentest zunächst in den Ländern entwickelt hat, die den Vergleich zulassen. Es ist jedoch zuzugeben, daß das Verbot der vergleichenden Werbung den Aufschwung der "DM" gefördert hat, die innerhalb von zwei Jahren eine Auflage von etwa 600 000 erreichte [3]. Aber auch die umgekehrte Argumentation ist unhaltbar, der Warentest reiche aus, um den Verbraucher hinreichend zu unterrichten.

Der Warentest hat in rechtlicher Sicht in Deutschland Anerkennung gefunden und kann als der halbe Weg zur Verbraucheraufklärung bezeichnet werden. Alle Aufgaben der Marktinformation kann er aber nicht erfüllen. Verglichen werden beim Warentest stets Erzeugnisse mehrerer Hersteller, durch einen Werbevergleich können aber auch unterschiedliche Händlerpreise gleicher Waren desselben Herstellers gegenübergestellt werden [4]. Vor allem aber sind die Ergebnisse vergleichender Warentests zu schnell überholt. Schnelle, aktuelle Informationen

---

1) Antoni BB 62,1172; aA Moser von Filseck GR 63,185.

2) Bongard in "Zeit" v. 5.4.63, S. 28.

3) Zwar setzte sich dieser Erfolg in den nachfolgenden Jahren nicht fort; die Zeitschrift "DM" mußte sogar ihr Erscheinen vorläufig einstellen. Dies hängt jedoch mit der Berichterstattung dieser Testzeitschrift, der wöchentlichen Erscheinungsweise und der damit verbundenen zu häufigen Wiederholung bestimmter Tests sowie dem gleichzeitigen Erscheinen der ersten Veröffentlichungen der "Stiftung Warentest" in ihrer Zeitschrift "Test" zusammen.

4) BKartA Betr 63,581.

sind nur durch einen Vergleich des Unternehmers selbst möglich, der die Vergleichsunterlagen im Betrieb auswertet. Das Testergebnis ist dagegen nach kurzem unbrauchbar, da häufig die kritisierten Unternehmen sich erfolgreich bemühen, die Mängel zu beseitigen. Neue Warentests sind im übrigen bei der Fülle der Produkte nur in längeren Zeitabschnitten zu erwarten.
Schließlich ergänzen sich vergleichende Werbung und Warentest dadurch, daß sie dem Werbenden wie dem Konkurrenten die Überprüfung eines Warenvergleichs ermöglichen. Es darf daher nicht angenommen werden, der Warentest reiche aus, um den Markt transparent zu machen. Der Warentest ist erst der erste Schritt: erst mit dem zweiten Schritt, der vergleichenden Werbung, kommt der Verbraucher an das Ziel bestmöglicher Marktinformation.
Durch die Zulassung der vergleichenden Werbung wird die Markttransparenz gefördert, wenn der Vergleich wahr und sachlich ist. Es steht nicht entgegen, daß der Werbende primär auf Gewinnerzielung bedacht ist. Entscheidend ist, daß die Werbung objektiv geeignet ist, dem Verbraucher seine Kaufentscheidung zu erleichtern. Für die rechtliche Beurteilung kommt es auf die Wirkung des Werbevergleichs an, nicht auf die subjektive Einstellung des Werbenden [1]. Es ist daher nicht zu fordern, daß der Werbende bewußt zur Aufklärung der Allgemeinheit handelt.

b) Vergleichende Werbung und Leistungswettbewerb

Das Ziel der bestmöglichen Versorgung der Allgemeinheit wird gefördert, wenn sich das Verhalten der Wettbewerber nach den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs richtet [2]. Gerade das Leistungsprinzip wird immer häufiger zur materiellen Erfassung des Unwertcharakters einer Wettbewerbshandlung und als Richtlinie zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit eines Verhaltens herangezogen [3].
In der Rechtslehre sind die Ansichten darüber, ob ein Vergleich in der Werbung dem Leistungswettbewerb entspricht, geteilt [4].

---

1) Völp WRP 60,204; Brinkmann WRP 63,293; aA Moser von Filseck GR 63,184.
2) Schwamberger NJW 61,1186.
3) vgl. B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 69 ff; Meyer-Cording JZ 64,310; Illert aaO S. 36 ff; BGHZ 11,265; 15,365.
4) bejahend: Schäfer GR 37,195; Rinck BB 60,949; Lehrb. S. 253; Schwamberger NJW 61,1186; Antoni BB 62,1172; Brinkmann WRP 63, 292; Neugebauer aaO S. 92; Schönherr GR Ausl. 64,193; Droste WRP 64,71; Betr 63,723; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 30,211,212; ablehnend: Bußmann ZAkDR 35,843; Leo WRP 60,295,296; Spengler Wettb 60,83 (Disk.); MA 62,294; Alexander-Katz NJW 54,131; März aaO S. 173 ff.

Eine allgemein anerkannte Definition dieses Begriffs hat sich noch nicht durchgesetzt; üblicherweise wird ihm der Nichtleistungswettbewerb, zu dem vor allem der Behinderungswettbewerb zu rechnen ist, gegenübergestellt. Es wird hervorgehoben, daß der Leistungswettbewerb eine in volkswirtschaftlicher Sicht vorteilhafte Tätigkeit voraussetzt. Das Wesen des Leistungsprinzips wird darin gesehen, daß der Unternehmer mit seiner eigenen Leistung wirbt und zugleich die gesamtwirtschaftlichen Belange gewährleistet [1].

Geht man von diesen Grundsätzen aus, ist die vergleichende Werbung mit dem Leistungsprinzip zu vereinbaren. Der Werbung kommt die Aufgabe zu, die Nachfrage zum Angebot hinzuführen. Sie soll dem Verbraucher ein möglichst klares Bild über das Angebot geben und bedarf der vergleichenden Gegenüberstellung. Auch bei der vergleichenden Werbung wirbt der Unternehmer mit der Güte der eigenen von ihm angebotenen Leistung. Die Bezugnahme gehört zum Leistungsprinzip, da sie den relativen Wert der eigenen Leistung konkretisiert und damit erst einen Überblick über die tatsächliche Güte der Leistungen bietet [2].

Die im gesamtwirtschaftlichen Interesse zu befürwortenden Auswirkungen des zulässigen Vergleichs auf den Marktablauf zeigen in besonderem Maße, daß vergleichende Werbung dem Leistungswettbewerb zugute kommt. Die Überschaubarkeit aller Marktbedingungen führt zu einer wirtschaftlich vernünftigen Auswahl. Der Vergleich bringt es mit sich, daß der Mitbewerber, der im Vergleich unterlegen war, sich bemühen wird, seine Leistung durch eine Qualitätsverbesserung oder eine Preissenkung zu steigern. Diesem Bemühen werden bisweilen betriebswirtschaftliche Erwägungen im Wege stehen, der Wunsch nach Leistungsverbesserung beweist aber schon, daß der Leistungswettbewerb durch einen Werbevergleich intensiviert wird. Der Vergleich erleichtert es vor allem, Meinungsmonopolen wirksam zu begegnen [3]. Der Wettbewerber darf das Publikum darauf hinweisen, daß die Wertschätzung der Konkurrenzware unbegründet ist, daß der Verbraucher einen ungerechtfertigt überhöhten Preis zahlt oder daß er zu sehr der Werbung vertraut, die besondere Vorzüge verspricht, die tatsächlich von allen gleichartigen Waren geboten werden oder ohne jede Bedeutung sind [4].

---

1) vgl. hierzu B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 70 ff; Brinkmann WRP 63, 268, 270; Meyer-Cording JZ 64, 310.

2) Schwamberger NJW 61, 1186; Schultz JuS 65, 89.

3) vgl. Schwamberger NJW 61, 1186; Wenzel NJW 62, 82; Tetzner NJW 62, 1087.

4) vgl. das Beispiel von Greifelt Wettb 62, 5 u. Völp WRP 62, 27: es wird damit geworben, im Treibstoff sei X enthalten; nur die Konkurrenz kann den Verbraucher darüber aufklären, welche Bewandtnis es mit X hat.

Es wurde schon zu begründen versucht, die vergleichende Werbung habe keine konzentrationsfördernde Wirkung. Die Einwirkungen auf den Marktablauf zeigen recht deutlich, daß die zulässige vergleichende Werbung gerade die Konzentration verhindert, da sie Meinungsmonopolen ihre Grundlage entzieht. Preissenkungen sind die wirtschaftlich notwendige Konsequenz, um einen Teil des bisherigen Marktanteiles zu erhalten. Das Verbot der Bezugnahme würde dagegen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben [1]. Die Verbraucher werden nicht aufgeklärt, so daß sich die überhöhten Preise halten können.

Werden durch den Vergleich aber echte Monopole gebildet oder wird ein Oligopol geschaffen, so kann dies auch für den Verbraucher von Vorteil sein. Die durch das Ausscheiden vieler kleiner Unternehmen aus dem Wettbewerb bewirkte Massenproduktion des Monopolisten oder der Oligopolisten führt zu einer Kostendegression, die ebenfalls zu einer Preissenkung führen könnte.

Nach Leo [2] bringt es die vergleichende Werbung mit sich, daß der Umworbene seine Wahl nicht mehr im Sinne des Leistungswettbewerbs treffe. Der meist wenig sachkundige Käufer stehe vor der Entscheidung, dem Vergleichenden blindlings zu vertrauen oder aber gerade aus Mißtrauen und Abneigung gegen diese Werbemethode das Angebot des Werbenden auszuschlagen.

Würde sich der Verbraucher nach dieser Alternative entscheiden, widerspräche der Vergleich deutlich dem Leistungsprinzip. Die Einstellung des Verbrauchers zum Werbevergleich stimmt aber nur ausnahmsweise mit dieser Beurteilung überein. Leo schaltet vielmehr den Fall aus, daß der Nachfrager die hervorgehobenen Unterschiede kritisch würdigen kann. Der Verbraucher wird im Regelfall die Werbung weder unbesehen hinnehmen oder ablehnen, sondern bestrebt sein, die Richtigkeit des Vergleichs aus seiner Sicht zu überprüfen [3]. Da sich die Werbung vor allem an den Nichtfachmann wendet - für den Fachmann ist der Markt ohnehin transparent - wird der Werbende vor allem Wert auf nachprüfbare Angaben legen. Die gebotene Kürze der Information zwingt ihn von selbst dazu, die Erwähnung zahlreicher technischer Daten zu unterlassen.
Spengler [4] hat darauf hingewiesen, es werde von jeder Meinung die Vereinbarkeit mit dem Leistungswettbewerb für sich in Anspruch genommen. Er verweist in diesem Zusammenhang auf März [5], der das Leistungsprinzip gerade zur Begründung des Verbots der vergleichenden Werbung herangezogen hat. Es erscheint da-

1) Schwamberger NJW 61,1187.
2) WRP 60,296.
3) vgl. o. S. 105.
4) Wettb 60,83; (Disk.); WRP 65,123.
5) "Persönliche und vergleichende Werbung", Dissertation der Freiburger Schule, 1939.

her geboten, sich mit den Begründungen von März im folgenden näher auseinanderzusetzen, um diesen Widerspruch aufzuhellen.

März geht von der ersten und unmittelbaren Aufgabe des Wettbewerbs aus, nur die Fähigsten zur bestmöglichen Bedarfsdeckung zuzulassen und in diesem Auslesekampf nur die echte eigene Leistung einzusetzen [1]. Das Leistungsprinzip wird nach März verletzt, weil dem kritisierten Wettbewerber durch den Vergleich die Chance genommen werde, vom Verbraucher in die engere Wahl gezogen zu werden. Der unmittelbare Leistungseinsatz werde ihm verwehrt, zumal der Vergleich lange nachwirke und anhaltendes Mißtrauen erwecke. Gegen den Vergleich könne sich der Wettbewerber vor allem nicht wehren, weil er meist in Rundschreiben und Prospekten vorgenommen werde. Er erfahre dies vielfach spät oder gar nicht, da er allein die Kontrolle ausübe, während bei nichtvergleichenden Werbeaussagen die gesamte Konkurrenz als Kontrollorgan wirke. Der Werbende erreiche am Ende einen größeren Marktanteil nicht durch eine bessere Leistung, sondern durch eine Diskriminierung des Wettbewerbers, die diesen vom Markte verdränge [2].

Diese Argumentation vermag nicht die vorerwähnten Hinweise zu widerlegen, nach denen der Werbevergleich den Leistungswettbewerb fördert. Unberücksichtigt bleibt der Gedanke, daß der Marktüberblick gerade erst dadurch vervollständigt wird, daß auch der relative Wert der Leistungen sichtbar ist. Aber auch im übrigen sind die Begründungen von März nicht unbedenklich, bisweilen durch die technische Entwicklung überholt.

März überschätzt zunächst die Wirkung der Werbung auf das Publikum. Dieses wird kritisch und bemüht sein, den Vergleich auf seine Richtigkeit nachzuprüfen. Damit erhält das kritisierte Erzeugnis seine Chance, sich zu bewähren. Der Vergleich ermöglicht es dem Mitbewerber zu erkennen, inwieweit er den Wünschen der Verbraucherschaft entgegenkommen muß, um ein konkurrenzfähiges Erzeugnis auf den Markt zu bringen [3].

Die Fortentwicklung der Technik hat ferner zur Anwendung werbewirksamerer Werbemittel geführt. Rundschreiben und Prospekte sind gegenüber Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften, der Film-, Rundfunk- und Fernsehwerbung in den Hintergrund getreten. Gerade bei diesen Werbemitteln mit weiter Ausstrahlung würde der Werbevergleich, wie die ausländischen Beispiele zeigen, bevorzugt verwandt werden. Daraus folgt, daß der Mitbewerber den Vergleich frühzeitig erfahren wird und sich wirkungsvoll dagegen verteidigen kann. Ist der Vergleich unrichtig, wird er die Werbung verbieten können. Ist die Kritik aber berechtigt,

1) aaO S. 163,174.
2) aaO S. 181,183,184,194.
3) aA März aaO S. 182.

wird der Vergleich ein Ansporn zur Leistungsverbesserung sein [1]. Der ausdrückliche Hinweis auf die bessere Leistung wird den früheren negativen Vergleich gegenstandslos machen. Wer von fortdauerndem Mißtrauen spricht, verkennt die Tatsache, daß sich viele Kunden gerade durch die angekündigte Verbesserung der Ware zu einem neuen Versuch verleiten lassen.

Auch bei der zulässigen vergleichenden Werbung sind ausreichende Kontrollmöglichkeiten vorhanden. Abgesehen von dem betroffenen Konkurrenten, der gegen einen unrichtigen Vergleich sofort vorgehen wird, werden sich die Konkurrenten der gleichen Branche meist gegenseitig helfen, einen günstigen Vergleich zu entschleiern, da sie wissen, daß die gute Werbung nicht nur dem kritisierten Mitbewerber, sondern ihnen allen schaden kann.

Es ist kein Kampf mit ungleichen Waffen, wenn der Wettbewerber mit der besseren Leistung seinen Marktanteil vergrößern kann, während der Mitbewerber erst bei einer Verbesserung seiner Leistung an den Markt herankommt. Das Leistungsprinzip wird gewahrt, da der leistungsfähigste Wettbewerber sich durchsetzt, während seine Konkurrenten sich an seinen Leistungsstand anpassen bzw. diesen überbieten müssen, um ihrerseits den Wettbewerber zu einer entsprechenden Gegenreaktion zu veranlassen.

Die Begründung von März vermag daher nicht zu überzeugen. Es ist vor allem der wirtschaftliche Hintergrund, der beweist, daß der Werbevergleich mit den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs und damit mit den Interessen der Allgemeinheit in Einklang zu bringen ist.

Es ist für die Verbraucherschaft von Vorteil, wenn sich der Unternehmer eines Vergleichs bedienen kann, um die Güte der eigenen Ware besser zu veranschaulichen. Da bei der Beurteilung der vergleichenden Werbung den Belangen der Allgemeinheit der Vorrang gebührt vor den Interessen der Wettbewerber, liegt im Werbevergleich kein wettbewerbswidriges Verhalten. Ein Handeln gegen die guten Sitten im Wettbewerb nach § 1 UWG entfällt daher.

3) Gute Sitten und Interessenabwägung

In einer vor kurzem veröffentlichten Monographie hat Kraft [2] den Versuch unternommen, einen neuen Weg zur Auslegung des § 1 UWG zu finden. Die Interessenjurisprudenz hat Kraft zu der Erkenntnis geführt, daß alle Rechtsnormen

---

1) März aaO S. 192 meint, der Ansporn zur Leistungsverbesserung auf der Seite des Vergleichenden entfalle, da dieser hieran nicht mehr interessiert sei. Hiergegen spricht schon die Möglichkeit, daß der Angegriffene die Leistung seinerseits verbessert und nun die Angreiferrolle übernimmt.

2) "Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht".

letztlich das Ergebnis einer Interessenabwägung sind, daß auch der Begriff der guten Sitten das Resultat einer Interessenbewertung ist. Die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung ergibt sich nach Kraft "aus einer im Lichte der Gesamtrechtsordnung, der öffentlichen Belange und unter Berücksichtigung der Natur des wirtschaftlichen Wettbewerbs vorgenommenen Bewertung und Abwägung der Interessen der Beteiligten" [1].

Es braucht hier nicht darauf eingegangen zu werden, ob Kraft uneingeschränkt darin gefolgt werden kann, daß die Interessenbewertung ein allgemeingültiger Maßstab zur Konkretisierung der Generalklausel des § 1 UWG ist, da eine konsequente Anwendung seiner Meinung zur Zulässigkeit der vergleichenden Werbung führt und damit der dargelegten Begründung nicht entgegensteht.

Die Interessenbewertung bedarf aber vor allem deshalb einer näheren Erörterung, weil Kraft gerade zu der Ansicht kommt, die Abwägung der beteiligten Interessen verdeutliche einmal das grundsätzliche Verbot der vergleichenden Werbung, zum anderen die Zulässigkeit des Vergleichs in den von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmetatbeständen [2].
Kraft geht davon aus, es widerspreche dem Leistungswettbewerb, die Ware des Mitbewerbers als Vorspann für die eigene Werbung zu verwenden; es bestehe vor allem die Gefahr, daß der Kunde in seiner Entschließung unsachlich beeinflußt werde [3]. Die Möglichkeit der Irreführung und unsachlichen Beeinflussung rechtfertigt aber kein grundsätzliches Verbot, sie ist lediglich ein Warnzeichen, Grenzen des zulässigen Vergleichs abzustecken. Vielmehr haben die vorangehenden Erörterungen deutlich werden lassen, daß die vergleichende Werbung den Interessen der Allgemeinheit, d.h. den Verbrauchern, entgegenkommt und den Leistungswettbewerb fördert.

Kraft weist auf die Belange der Allgemeinheit ausdrücklich hin; ihre Berücksichtigung führt dazu, daß die Interessen des Mitbewerbers, der sich des Mittels der vergleichenden Werbung bedient, entgegen Kraft höher bewertet werden müssen als die des betroffenen Konkurrenten, da er über sein Eigeninteresse hinaus auch die Verbraucherinteressen wahrnimmt.

---

1) Kraft aaO S. 267; dieser Gedanke findet sich schon bei Hubmann aaO S. 241,243, der die Interessenabwägung jedoch auf Handlungen, die dem Nichtleistungswettbewerb angehören, beschränkt; ablehnend BGHZ 14, 171, in der bei Beurteilung der vergleichenden Werbung nach § 1 UWG der Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung für nicht anwendbar erklärt wird; kritisch auch Meyer-Cording JZ 64,276 f.

2) Kraft aaO S. 226,261.

3) Kraft aaO S. 225,226.

Wollte man die von Kraft vorgeschlagene Neufassung des § 1 UWG [1] übernehmen, ergäbe sich die Zulässigkeit des Werbevergleichs, da dem Leistungswettbewerb entsprochen wird und die Interessen des betroffenen Mitbewerbers gegenüber den vorrangigen Interessen des Vergleichenden und der Allgemeinheit zurücktreten müssen. Somit ergibt auch die Interessenabwägung, wie sie von Kraft bei der Auslegung des § 1 UWG befürwortet wird, die Vereinbarkeit der vergleichenden Werbung mit den guten Sitten. [2]

.4) Vergleichende Werbung im wertneutralen Bereich

Besonderes Interesse verdient Hartmann [3], der in einem Beitrag die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung auf einem von den übrigen Veröffentlichungen abweichenden Wege zu begründen versucht.

Hartmann geht zunächst davon aus, daß Werbung grundsätzlich erlaubt sei, daß folglich § 1 UWG eine Ausnahmenorm darstelle, die eng ausgelegt werden müsse. Eine Handlung verstoße gegen § 1 UWG, wenn sie sittenwidrig, d.h. als ethisch negativ bewertet werde. Dieses ethische Unwerturteil müsse einwandfrei feststehen; im Zweifel sei die Vorschrift nicht anwendbar.

Hartmann folgert, es sei logisch unhaltbar und beruhe auf einem Verstoß gegen die Denkgesetze, die vergleichende Werbung grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen. Sowohl der Begriff der Wirtschaftswerbung wie der des Vergleichs und damit auch derjenige der vergleichenden Werbung seien nicht wertbezogen. Die vergleichende Werbung kennzeichne eine Methode kaufmännischen Verhaltens, die zum wertfreien, ethisch nicht erfaßbaren Bereich gehöre. Erst das Hinzutreten ethisch bewertbarer Faktoren, die Hartmann nicht näher untersucht, eröffne überhaupt die logische Möglichkeit, eine vergleichende Werbung als sittenwidrig zu bewerten. Das Prozeßrisiko für diese das Unwerturteil begründenden Einzelumstände trage der Kläger, der die Werbung seines Konkurrenten unterbinden wolle [4].

---

1) aaO S. 277; "wer im geschäftlichen Verkehr Handlungen vornimmt, die geeignet sind, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern, kann auf Unterlassung verklagt werden, wenn die Handlungen den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs zuwiderlaufen und Interessen verfolgen, die im konkreten Fall geringer zu bewerten sind, als die verletzten oder betroffenen Interessen".

2) vgl. hier Schönherr GR Ausl. 64,193,194, der unter Abwägung der beteiligten Interessen den Werbevergleich zuläßt.

3) NJW 63,517.

4) vgl. zu dieser zusammenfassenden Darstellung NJW 63,520,521.

Diesen Ausführungen kann nur insoweit zugestimmt werden, daß die Frage der Zulässigkeit des Werbevergleichs nach § 1 UWG kein reines Ordnungsproblem, keine reine Zweckmäßigkeitsfrage ist [1].

Bedenklich erscheint dagegen schon der Ausgangspunkt, § 1 UWG müsse als Ausnahmenorm eng ausgelegt werden [2]. Will man die Generalklausel des § 1 UWG als Ausnahmenorm auffassen, kommt man nicht daran vorbei, das UWG als Ausnahmegesetz anzusehen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß auf einem Sondergebiet, dem der Wettbewerbsordnung, Einschränkungen geboten sind, um ein lauteres Verhalten im Wettbewerb zu gewährleisten. Daraus darf aber nicht die Folgerung gezogen werden, innerhalb dieses Sondergebiets müsse jede Vorschrift, selbst eine Generalklausel wie § 1 UWG, eng ausgelegt werden. Damit würde jede Rechtsfortbildung in den Sonderbereichen auf ein Minimum reduziert. In diesen Sondergesetzen sind jedoch in den letzten Jahren die meisten Auslegungsprobleme aufgetaucht, gerade hier herrscht bisweilen ein unentwirrbarer Meinungsstreit, wie z.B. vor allem im Kartellgesetz, aber auch im UWG deutlich wurde. Die Fragen, wann ein Außenseiter einer Preisbindung sittenwidrig handelt oder ob die vergleichende Werbung zulässig ist, sind nur denkbar, weil der Auslegung im UWG, vor allem bei der Generalklausel des § 1 UWG, ein weiter Spielraum bleibt. Der Satz, § 1 UWG als Ausnahmenorm müsse eng ausgelegt werden, trifft daher nicht zu.

Abzulehnen ist ferner die Begründung Hartmanns, weshalb die vergleichende Werbung "als methodische Kategorie zum wertfreien, ethisch nicht erfaßbaren Bereich" gehöre. Es wird nicht bestritten, daß sowohl der Begriff der Werbung als auch der des Vergleichs für sich allein genommen nicht wertbezogen sind. Es ist aber unlogisch, daraus zu schließen, damit sei auch die vergleichende Werbung wertneutral. Die Gesetze der Logik werden von Hartmann selbst mißachtet; er übersieht, daß bei der Verbindung der beiden wertfreien Begriffe ein neuer Begriff entstehen kann, der ethisch negativ bewertet werden könnte. Durch den Vergleich wird der Mitbewerber in die eigene Werbung einbezogen. Dies ist nicht nur eine wertneutrale Methode, sondern ein Verhalten, das gerade wegen der subjektiven Einstellung des Werbenden nach ethischen Grundsätzen zu bewerten ist [3]. Hartmann behauptet, vergleichende Werbung sei grundsätzlich wertneutral. Den Beweis hierfür hat er nicht erbracht; seine Begründung besteht allein in der Ablehnung der Meinung, der Vergleich in der Werbung sei sittenwidrig [4]. Es ist aber stets eine wenig überzeugende Argumentation, an die Stelle einer eigenen Begründung die Gegenmeinung zu setzen.

---

1) Hartmann NJW 63,520; ebenso Plaßmann JZ 63,372 Anm. 1; Markert NJW 63,1527.

2) wie Hartmann in diesem Punkte auch Feldmann BB 63,673.

3) ebenso Vogt MA 65,822.

4) ähnlich Feldmann BB 63,673.

Darüber hinaus ist die Ansicht für die Praxis unbrauchbar, da Hartmann nicht näher angeben kann, welche konkreten Einzelumstände das ethische Unwerturteil auszulösen vermögen. Ohne eine allgemeine Kennzeichnung, wann ein Merkmal dem Bereich der Ethik angehört und welche Merkmale zusammentreffen müssen, um das Unwerturteil zu tragen, führt die Meinung Hartmanns zu einer fast unbeschränkten Zulassung der vergleichenden Werbung. Das Prozeßrisiko ist für die betroffenen Mitbewerber nach dieser Ansicht zu erheblich, da diese die Einzelumstände, aus denen sich das Unwerturteil wegen des Ausnahmecharakters des § 1 UWG einwandfrei ergeben muß, darlegen müssen. Die Anregung Hartmanns, bei der Ermittlung dieser Einzelumstände die Vorteile von Meinungsumfragen in Anspruch zu nehmen, beweist die praktische Ungangbarkeit dieses Lösungsweges um so mehr.

Die vergleichende Werbung ist keine wertneutrale Methode, sie ist ein wertbezogener Begriff, der dem Bereich der Ethik angehört. Die vorangegangenen Ausführungen haben aber gezeigt, daß die ethische Bewertung nicht zur Sittenwidrigkeit des Vergleichs in der Werbung führt.

IV. INKONSEQUENZ DER RECHTSPRECHUNG IM HINBLICK AUF DIE AUSNAHMETATBESTÄNDE

Geht man von den zur Begründung des Verbots der vergleichenden Werbung angeführten Argumenten der Rechtsprechung aus und stellt diesen die von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen gegenüber, läßt sich ein deutlicher Widerspruch nicht übersehen.
Es zeigt sich einmal, daß die Gerichte den sittlich-rechtlichen Grundlagen, auf die sie zur Begründung des Vergleichsverbots hinweisen, auf einmal bei den Ausnahmen nicht mehr Rechnung tragen. Zum anderen wird die logische Vereinbarkeit der Ausnahmen mit dem grundsätzlichen Verbot in Frage gestellt, wie die nachfolgenden Beispiele beweisen sollen.

1) beim Vergleich auf Verlangen

Der Unternehmer, der auf den ausdrücklichen Wunsch des Kunden einen Vergleich zum Konkurrenzprodukt zieht, ist nicht weniger Richter in eigener Sache als der Werbende, der vergleicht, ohne sich auf ein Verlangen des Kunden berufen zu können. Das RG hatte daher zunächst dem Wettbewerber zugemutet, den Anfragenden an eine neutrale Stelle zu verweisen [1], ist aber später im Interesse des

1) vgl. RG GR 37,240; Culemann JW 37,313.

befragten Unternehmers wie der Allgemeinheit von dieser Meinung abgewichen [1]. Damit wird aber die Gefahr der Irreführung in besonderem Maße verstärkt. Die Rechtsprechung hat immer wieder auf diese Gefahr bei der Beurteilung eines öffentlichen Werbevergleichs wegen der fehlenden Objektivität und Nachprüfbarkeit hingewiesen. Es ist um so widerspruchsvoller, daß diesem Gesichtspunkt beim Vergleich unter vier Augen keine Bedeutung zugemessen wird [2]. Hier fehlt es gerade dem kritisierten Wettbewerber an einer Kontrolle, ob die Grundsätze der Wahrheit und Sachlichkeit vom Mitbewerber eingehalten werden, zumal sich dieses später kaum nachweisen lassen wird.

Hiergegen darf nicht eingewandt werden, der Anfrager müsse die Gefahr der Irreführung auf sich nehmen, da er sich ausdrücklich den Vergleich erwünscht habe. Beachtet wird dabei nicht das im Vordergrund stehende Interesse des kritisierten Konkurrenten, der sich gegen den unrichtigen Vergleich meist nicht wehren kann, weil er nichts davon erfährt. Seine Absatzchancen wurden ohne sein Wissen verringert, da der Gesprächspartner des Vergleichenden seiner Ware stets mit Mißtrauen begegnen wird.

Damit wird deutlich, daß das Hellegold-Motiv beim Vergleich auf Verlangen noch ausgeprägter hervortritt. Der Werbende macht sich die geringere Leistungsfähigkeit des Mitbewerbers zunutze, um die eigene Werbewirkung zu verstärken. Es tritt hier hinzu, daß der betroffene Unternehmer dem Vergleich machtlos gegenübersteht, da er diesen nicht kontrollieren kann. Die Rechtsprechung hat den Vergleich dennoch zugelassen; das Hellegold-Motiv hat hier keine Geltung.

Gegen die Zulässigkeit des Vergleichs auf Verlangen werden schließlich logische Bedenken erhoben. Feldmann [3] ist zuzustimmen, daß eine Unsittlichkeit nicht dadurch beseitigt werden kann, daß von dritter Seite dazu Veranlassung gegeben wird. An die Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund darf in diesem Zusammenhang nicht gedacht werden. Beim Vergleich auf Verlangen ist nicht der Anfragende, sondern der kritisierte Wettbewerber Verletzter; die Einwilligung des Anfragenden kann dieser Verletzung nicht den Makel der Sittenwidrigkeit nehmen.

---

1) vgl. RG GR 38,57; vgl. auch o. S. 36 Anm. 2.

2) Völp WRP 61,137,141.

3) Wettb 60,82 (Disk.), BB 63,674; ähnlich von Lesigang WRP 62,292.

2) beim notwendigen Vergleich

Gegen den zulässigen notwendigen Vergleich läßt sich ebenfalls geltend machen, der Werbende richte in eigener Sache. Das Urteil ist notwendigerweise subjektiv gefärbt; der Ausschluß der Objektivität wie die Unnachprüfbarkeit des Vergleichs bringen die Gefahr der Irreführung mit sich.
Die Gefahr der unrichtigen oder unvollständigen Werbung ist beim notwendigen Vergleich gerade deshalb besonders groß, weil hier die angegebenen technischen Einzeldaten für den Verbraucher fast immer unnachprüfbar bleiben.

Beim notwendigen Vergleich wird schließlich dem Schutzinteresse des Konkurrenten, der sich nicht als Mittel zur Absatzförderung des Mitbewerbers verwenden lassen will, eine geringere Bewertung eingeräumt als dem Aufklärungsinteresse des fortschrittlichen Unternehmers [1]. Dieser Unterschied in der Interessenbewertung ist nicht gerechtfertigt. Es geht bei jedem Werbevergleich um die Frage, ob es zulässig ist, die Verbraucher auf Kosten der kritisierten Wettbewerber aufzuklären.

Beim technischen Fortschritt ist das Aufklärungsinteresse anerkannt worden. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb nicht auch der wirtschaftliche Fortschritt die gleiche Bewertung verdient [2]. Der Rechtfertigungsgrund für den notwendigen Vergleich liegt in dem Interesse der Abnehmer, über technische Unterschiede der Erzeugnisse aufgeklärt zu werden [3]. Die Güterabwägung kann nicht anders ausfallen, wenn der Werbende darauf hinweisen will, daß er eine bestimmte Ware günstiger als der Konkurrent anbieten kann. Das Individualinteresse des Mitbewerbers hat daher nicht nur in dem Ausnahmefall des notwendigen Vergleichs zurückzutreten, sondern stets, wenn dem Verbraucher seine Kaufentscheidung erleichtert werden kann.

3) bei der Alleinstellungswerbung

Wie bei der vergleichenden Werbung urteilt auch der Unternehmer, der eine Alleinstellung für sich in Anspruch nimmt, in eigener Sache. Wegen der notwendig subjektiven Betrachtungsweise läßt sich auch hier die Gefahr einer Irreführung nicht ausschließen. Das Hellegold-Motiv tritt bei der alleinstellenden Werbung weniger deutlich in Erscheinung, da der Aggressivitätsgehalt verwässert wird [4]

---

1) vgl. Leo WRP 60,297.
2) Schwamberger NJW 61,1189; Völp WRP 62,26; Moser von Filseck GR 63, 185; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 51,52.
3) Völp BB 61,113.
4) Tetzner NJW 56,1902.

und damit der Vergleichscharakter der Werbung völlig zurücktritt. Der Verkehr sieht in der Werbung mit Alleinstellungen mehr ein Lob der eigenen Leistung als eine Herabsetzung der Leistung der Mitbewerber.
Zu beachten bleibt aber, daß der Wettbewerber bei einer kleinen Zahl von Mitbewerbern seine Werbung dadurch verstärkt, daß er sich eine Sonderstellung anmaßt, die ihn von der Konkurrenz abhebt. Die Alleinstellungswerbung als Ausnahme zur vergleichenden Werbung setzt sich also auch hier über das Hellegold-Motiv hinweg, da das Bedürfnis des Verkehrs, über beachtliche wirtschaftliche Sonderstellungen unterrichtet zu werden, vorrangig befriedigt werden muß, selbst wenn die Zahl der Mitbewerber klein ist und diese damit mittelbar betroffen sind [1].

In diesem Zusammenhang ist auch auf den Einwand einzugehen [2], es sei logischerweise nicht zu vereinbaren, die Alleinstellungswerbung zu gestatten und die vergleichende Werbung zu verbieten. V. Lesigang geht davon aus, jeder Unterschied zwischen Alleinstellungswerbung und vergleichender Werbung erscheine gekünstelt. Man müsse konsequent sein und entweder beides zulassen oder verbieten.
Zunächst ist der Ausgangspunkt dieser Argumentation verfehlt. Nicht jede Alleinstellungswerbung kann in den Komplex der vergleichenden Werbung eingeordnet werden, sondern nur die Werbung, die einen konkreten Bezug auf bestimmte Mitbewerber enthält. Aber selbst wenn man die Argumentation auf alleinstellende Werbung mit erkennbarer Bezugnahme beschränkt, zeigt sich sofort der erhebliche Unterschied beider Werbeformen, auf den schon hingewiesen wurde [3]. Der Vergleich ist hier nur Nebenwirkung; es wird dem Verbraucher kein fertiger Vergleich vorgelegt, er muß sich vielmehr erst sein Vergleichsobjekt suchen; häufig genug wird er es daher unterlassen, einen Vergleich vorzunehmen.
Dies zeigt, daß eine Differenzierung gerechtfertigt ist. Eine gleiche Behandlung der alleinstellenden und der vergleichenden Werbung ist kein Gebot der Logik. Wenn auch grammatikalisch und sprachlich kein Unterschied besteht, bleibt ein Unterschied in der Werbewirkung auf die angesprochenen Verkehrskreise, der die logische Vereinbarkeit zwischen zulässiger Alleinstellungswerbung und verbotenem Werbevergleich deutlich macht.

Als Ergebnis der anhand der erwähnten Ausnahmen zur vergleichenden Werbung gewonnenen Erkenntnisse läßt sich feststellen, daß die Rechtsprechung bei diesen Ausnahmen über die Gründe hinweggeht, die in erster Linie für das grund-

1) Cyrus GR 61, 19.
2) v. Lesigang WRP 62, 291 f; ähnlich Droste WRP 64, 70.
3) vgl. o. B II 4 b.

sätzliche Vergleichsverbot maßgeblich sind. Die Vorwürfe des Richters in eigener Sache, der Gefahr der Irreführung wegen fehlender Objektivität und Nachprüfbarkeit sowie der Verwendung des Mitbewerbers als Mittel zur Verstärkung der eigenen Werbewirkung werden gegen diese Ausnahmetatbestände nicht erhoben. Hingewiesen wurde ferner auf die logischen Bedenken, die Sittenwidrigkeit des Vergleichs entfallen zu lassen, wenn von dritter Seite dazu Anlaß gegeben wurde. Erwähnt wurde die unterschiedliche Interessenbewertung beim notwendigen Vergleich und der Alleinstellungswerbung gegenüber der vergleichenden Werbung. Als unbegründet erwies sich der angebliche logische Widerspruch aus der Zulassung der Alleinstellungswerbung heraus.

Diese Inkonsequenz der Rechtsprechung fordert zu der Frage heraus, welche Folgerungen aus diesen Erkenntnissen gezogen werden können, um zu einer einheitlichen Beurteilung zu gelangen. Verschiedentlich klingt hier der Gedanke an, den Ausnahmecharakter der vorerwähnten Beispiele abzulehnen und die Tatbestände dem Grundsatz des Verbots unterzuordnen [1]. Diese Folgerung würde jedoch den Wettbewerb, den Fortschritt und eine aussagefähige Werbung zum Nachteil der Allgemeinheit erst recht behindern. Die Zulässigkeit des Vergleichs auf Verlangen, des notwendigen Vergleichs und der Alleinstellungswerbung wurde oben im einzelnen begründet [2], es kann hier darauf verwiesen werden.

Es bleibt somit der andere einzig mögliche Ausweg aus dieser Inkonsequenz: der Werbevergleich muß allgemein zulässig sein, nicht nur in den nach der Rechtsprechung möglichen Ausnahmen, die in der Praxis bei Verkaufsgesprächen und Vertreterbesuchen allgemein üblich sind [3] und damit sich längst als Regelfälle herausgebildet haben.

Diese konsequente Fortentwicklung von den Ausnahmen zur grundsätzlichen Zulassung der vergleichenden Werbung hat Frey [4] zutreffend hervorgehoben, wenn er darlegt, "es sei nicht einzusehen, warum vergleichende Werbung verboten sei, wenn man das Informationsinteresse des Verkehrs als Rechtfertigungsgrund für die Alleinstellungswerbung anerkenne" [5]. Das Informationsinteresse kann nicht in Abrede gestellt werden. Seine Bedeutung für die Auslegung des Sittenbegriffs in § 1 UWG wurde hervorgehoben.

---

1) vgl. Leo WRP 60,298 für den notw. Vergleich; die frühere Rspr des RG zum Vergleich auf Verlangen mit dem Hinweis auf Verweisung an eine neutrale Stelle (RG GR 37,240) sowie v. Lesigang WRP 62,292 für das Verbot der alleinstellenden Werbung, wenn die vergleichende Werbung verboten werden muß.

2) vgl. o. B II 2-4.

3) vgl. Feldmann BB 63,674.

4) WRP 62,72.

5) ebenso Höfer WRP 61,208.

Sowohl der Vergleich auf Verlangen wie der notwendige Vergleich enthalten je einen Ansatzpunkt, um den Werbevergleich im Regelfall zu gestatten. Einmal ist es das generelle Verlangen des Verkehrs an den Werbenden, über die verschiedenen Angebote auf dem Markt unterrichtet zu werden [1]; zum anderen ist es der Wunsch, über jeden Fortschritt technischer oder wirtschaftlicher Art aufgeklärt zu werden [2]. Eine entsprechend weite Auslegung der beiden Ausnahmen deutet daher schon die Richtung an. Die Rechtsprechung geht diesen Weg konsequent weiter und vermeidet die bisherige Unvereinbarkeit mit der Zulassung der erwähnten Ausnahmen, wenn sie sich zur Zulässigkeit des Werbevergleichs in festen Grenzen bekennt. Ein erster wichtiger Schritt in dieser Richtung wurde der Rechtsprechung durch das BKartA vorgezeichnet [3].

V. GEFAHREN DES VERBOTS DER VERGLEICHENDEN WERBUNG FÜR DIE RECHTSSICHERHEIT

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eines Verhaltens dürfen die Gefahren einer möglichen Auslegung für die Rechtssicherheit nicht außer acht gelassen werden. Schon zur Begründung des Verbots der vergleichenden Werbung wurden die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit erwähnt und darauf hingewiesen, daß es mindestens ebenso schwierig ist, die Grenzen des Verbots wie die Einschränkungen des zulässigen Vergleichs zu bestimmen [4]. Im folgenden soll näher untersucht werden, ob die Gefahren für die Rechtssicherheit nicht bei weitem größer sind, wenn die Rechtsprechung auch weiterhin von dem grundsätzlichen Verbot des Werbevergleichs ausgeht.

Das Rechtsideal der Rechtssicherheit ist neben der Einzelfallgerechtigkeit wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips [5]. Zur Verwirklichung dieses Ideals muß die Rechtssicherheit in doppelter Hinsicht gewährleistet sein, einerseits im Sinne des Rechtsfriedens, andererseits im Sinne der Vorausschaubarkeit gerichtlicher Entscheidungen [6]. Dort ist die Perpetuierung der getroffenen Entscheidungen notwendig, hier muß es dem einzelnen ermöglicht werden, die gerichtliche Entscheidung vorauszuberechnen. Gerade die rechtliche Beurteilung der Werbung muß voraussehbar sein, da sich die Gewerbetreibenden meist bis an die äußerste Grenze des Zulässigen heranwagen und der Schaden einer unzulässigen

1) OLG Bremen NJW 62,306; Völp WRP 61,141.
2) vgl. auch Wenzel NJW 62,83.
3) vgl. Markert NJW 63,1527.
4) vgl. o. C I 3 c bb S. 77 ff.
5) BVerfG 2,403; 7,196; BVerwG Betr 63,1571.
6) Lukes ZZP 72,101.

Werbung trotz der Möglichkeit einstweiliger Verfügungen erhebliche Ausmaße annehmen kann.

1) Unglaubwürdigkeit des Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Die nahezu einheitliche Rechtsprechung und herrschende Rechtslehre geht von dem Grundsatz des Vergleichsverbots als Regel aus. In der Praxis ist ein starkes Bedürfnis nach Ausnahmen offenbar geworden [1], das zur Anerkennung mehrerer Ausnahmen führte, ohne daß bisher eine endgültige Abgrenzung dieser Ausnahmen gefunden wäre. Die Entwicklung geht dahin, den Verbotsgrundsatz immer mehr zu lockern, um vor allem der Tatsache Rechnung zu tragen, daß die zunehmende Arbeitsteilung und Spezialisierung in der Wirtschaft dem Verbraucher den Marktüberblick erschwert. Diese Entwicklung ist nicht aufzuhalten; das beste Beispiel für diese Tendenz sind Vorschläge, als Ausnahmetatbestände zu tarnen, was in Wirklichkeit der Regelfall der vergleichenden Werbung ist.
Es wird befürwortet, im Interesse der Markttransparenz den Vergleich mit präzisen Daten zuzulassen [2]. Nach anderer Ansicht soll ein Preisvergleich ausnahmsweise gerechtfertigt werden, wenn nicht nur eine Preisunterbietung bezweckt wird, sondern der geringere Preis auf einer besonderen technischen oder wirtschaftlichen Leistung beruht [3].
Strenger wiederum ist Pröbdorf [4], der verlangt, daß der Preisvergleich im konkreten Fall das geeignete Mittel sein soll, um die wünschenswerte Markttransparenz herzustellen. Interessant ist schließlich die Anregung, Preisvergleiche bei Waren völlig gleicher Zusammensetzung zuzulassen [5].

Diese Vorschläge lassen das Bestreben erkennen, über den Umweg einer weitgefaßten Ausnahme die Rechtsprechung eher zur Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zu bewegen. Befriedigen kann dieser Lösungsweg aber nicht; diese Vergleiche bedürfen keines Rechtfertigungsgrundes, weil sie gar nicht sittenwidrig sind.
Vor allem die in der Praxis üblichen Werbevergleiche [6] zeigen, daß längst die Regel zur Ausnahme und die Ausnahme zur Regel geworden ist. Mit Recht wird darauf verwiesen, daß es ein "prozessuales Unglück" [7] ist, wenn eine Regel

---

1) OLG Bremen NJW 62,306.
2) Rinck BB 62,106.
3) Moser von Filseck GR 63,185.
4) WRP 63,10.
5) Vorschlag von Dahlinger, Mitteilungen der IHK Hamburg (BB 63,153).
6) vgl. hierzu die Beispiele bei Feldmann BB 63,674.
7) v. Lesigang WRP 62,285,293.

durch ein System von Ausnahmen durchlöchert ist. Gerade bei der Auslegung der guten Sitten kann man der fortschreitenden Entwicklung gerecht werden, da der Sittenbegriff wandelbar ist und sich den tatsächlichen Verhältnissen anpassen kann [1]. Die gegenwärtige mit einem dynamischen Wettbewerb unvereinbare Umkehrung von Regel und Ausnahme erschüttert die Rechtssicherheit [2]. Die vorhersehbare Entscheidung ist nicht mehr gewährleistet, wenn die Werbung erst nach der Regel beurteilt wird und sodann mühsam festgestellt werden muß, ob zu dem Vergleich ausnahmsweise eine hinreichende Veranlassung gegeben war. Daß die obengenannten Ausnahmen den Regelfall darstellen, da sie schrankenlos sind und somit zur Zulässigkeit vieler Vergleiche führen könnten, wurde auch beim Vergleich auf Verlangen und vor allem beim notwendigen Vergleich deutlich [3].

Das Verhältnis von Regel und Ausnahme hat sich in der Praxis umgekehrt. Die Ausnahmerechtsprechung zur vergleichenden Werbung ist innerlich unglaubwürdig geworden. Die Rechtssicherheit ist erschüttert, wenn diesem unglücklichen Rechtszustand nicht durch eine baldige Änderung der Rechtsprechung ein Ende gesetzt wird.

2) Schwierige Abgrenzung der Ausnahmen

Die Rechtsprechung hat mehrmals zum Ausdruck gebracht, daß sie bei hinreichender Veranlassung eine Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Werbung anerkenne und daß eine abschließende Regelung der Ausnahmefälle bisher nicht vorliege [4]. Die aus dieser Einstellung zu erwartende Folgerung ist eingetreten. Die Ausnahmerechtsprechung wurde nicht mehr vorhersehbar, da die Rechtsprechung im Einzelfall neue Ausnahmen zu begründen suchte bzw. die anerkannten Ausnahmen erweiternd anwandte. Diese Tendenz soll anhand der folgenden Beispiele aufgezeigt werden.

---

1) Schwamberger NJW 61, 1185; Brinkmann WRP 63, 237; B.-Hefermehl Einl. UWG Anm. 74; Droste WRP 65, 38.

2) v. Lesigang WRP 62, 293; Antoni BB 62, 1173; Völp WRP 60, 204.

3) vgl. o. D IV; beachtenswert ist auch die Ansicht von Wenzel NJW 62, 84, der zu beweisen sucht, daß die Rechtsprechung stets auf den Einzelfall abstelle und nicht vom Verbot ausgehe; es sei deshalb zu empfehlen, diese unpraktikable Regel aufzugeben und die Sittenwidrigkeit danach zu beurteilen, ob im konkreten Fall eine unzumutbare Beeinträchtigung wie z. B. eine Anschwärzung, Diskriminierung oder ein sonstiger, die Sittenwidrigkeit begründender Tatbestand gegeben sei.

4) RGZ 143, 365; RG GR 44, 154.

a) Der Vergleich zur Beseitigung der Verwechslungsgefahr

Spengler [1] hat unter Hinweis auf eine BGH-Entscheidung [2] als Ausnahmetatbestand den Vergleich zur Beseitigung von Verwechslungsgefahr anerkannt. Diese Entscheidung betraf folgenden Sachverhalt: der Vertreter der Berliner Mampe-Firma bestellte ausdrücklich den Berliner Mampe-Likör; dennoch wurde ihm der Mampe-Likör der Hamburger-Mampe-Firma vorgesetzt. Beide Firmen gehen auf ein Stammhaus zurück, stehen heute im scharfen Wettbewerb und bezeichnen ihren Mampe-Likör unterschiedlich. Da der Kellner der Ansicht war, das bestellte Getränk angeliefert zu haben, erläuterte der verklagte Vertreter den Unterschied beider Getränke.

Der BGH knüpft zunächst an den Abwehrvergleich an und erblickt einen ähnlichen Rechtsgedanken in diesem Fall, da der Beklagte genötigt sei, darauf hinzuweisen, daß er die gelieferte Ware nicht bestellt habe. Das Verhalten könne nicht mißbilligt werden, weil der Vergleich der Wahrnehmung berechtigter Interessen diene und zur Aufklärung eines auf andere Weise nicht darzustellenden Unterschieds notwendig sei [3].

Die Begründung dieser Entscheidung zeigt mit aller Deutlichkeit, daß es dem BGH nicht darum ging, einen neuen allgemeingültigen Ausnahmetatbestand zu schaffen. Der BGH wollte eine billige Entscheidung fällen und nahm Zuflucht zu allgemeinen Rechtserwägungen. Man könnte die Entscheidung anführen für eine erweiternde Anwendung des Abwehrvergleichs, spricht der BGH doch selbst von einem ähnlichen Rechtsgedanken [4]. Man könnte sie zurückführen auf den Rechtfertigungsgrund des Handelns in Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), schließlich erinnern die Ausführungen "zur Aufklärung eines auf andere Weise nicht darzustellenden Unterschieds notwendig" an den notwendigen Vergleich, der zu einer rechtsähnlichen Anwendung kommen könnte.

Die von Spengler als Ausnahme herausgestellten Merkmale "Vergleich zur Beseitigung von Verwechslungsgefahr" wurden vom BGH nicht verwandt. Es besteht daher kein Anlaß, sie zu verallgemeinern. Der BGH hat sich um ein gerechtes Urteil bemüht, daß er dogmatisch nicht einwandfrei in die bisher anerkannten Ausnahmen einordnen konnte. Der BGH hielt am Verbot der vergleichenden Werbung fest; daher blieb ihm im Ergebnis kein anderer Weg, als die Rechtsgedanken mehrerer Ausnahmetatbestände zusammen heranzuziehen.

---

1) Wettb 60,76; als Ausnahme gebilligt von Höfer WRP 61,207 (Anm. 7); Moser von Filseck GR 63,185; Greifelt Wettb 64,2.

2) BGH GR 60,384.

3) BGH GR 60,387.

4) dieser Ansicht folgt Schwamberger BB 61,1222.

b) Der Vergleich in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses

In einem anderen Urteil des BGH zur vergleichenden Werbung hat der BGH [1] folgendes ausgeführt: "Die ständige Rechtsprechung des RG und des erkennenden Senats, an der festzuhalten ist, erkennt ein Recht zu kritischer Befassung mit der Ware oder Leistung des Mitbewerbers dann an, wenn der Werbende hinreichenden Anlaß zu solcher Befassung hatte und seine Kritik sich nach Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen hält, sei es unter dem Gesichtspunkt der Notwehr, der wettbewerblichen Abwehr oder der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses." [2]

Hieraus hat Schwamberger [3] die Erkenntnis gewonnen, der BGH habe allgemein das Verbot des Werbevergleichs gelockert und den Vergleich bei Wahrnehmung berechtigter Interessen zugelassen.

Diese Interpretation der BGH-Entscheidung muß abgelehnt werden. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß diese Äußerung für den konkreten Fall unerheblich war, da sich der BGH an der zitierten Stelle mit dem Rechtfertigungsgrund des Abwehrvergleichs befaßt. Im Anschluß daran weist er auf frühere Entscheidungen hin, aus denen die Erwähnung der Interessenwahrung deutlich wird. Der BGH verweist einmal auf Entscheidungen, in denen der Rechtfertigungsgrund des § 193 StGB im Rechtsgedanken auf den Interessenkonflikt bei Eingriffen in den Gewerbebetrieb angewandt wurde [4]. Um vergleichende Werbung handelte es sich in diesen Fällen nicht, da die Wettbewerbsabsicht verneint wurde. Verwiesen wurde ferner auf die gerade erörterte Mampe-Entscheidung [5], in der ausdrücklich betont wurde, daß der Vergleich der Wahrnehmung berechtigter Interessen dienlich war. In den übrigen angeführten Entscheidungen war die Interessenwahrnehmung ohne Bedeutung.

Da dieser Rechtfertigungsgrund auch in der Mampe-Entscheidung nicht allein maßgeblich war, kann sowohl aus der geringen Bedeutung dieser Ausführungen für den konkreten Sachverhalt wie aus dem ausdrücklichen Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung geschlossen werden, daß der BGH weit davon entfernt war, den Grundsatz des Verbots durch die Zulassung einer solchen weitgehenden Ausnahme aufzulockern [6].

---

1) BGH NJW 61, 1918.

2) in der Einspruchsentscheidung v. 30. 12. 63 bezieht sich das BKartA wörtlich auf diese Ausführungen, um die Ausnahmefälle der vergleichenden Werbung zu kennzeichnen (Betr 64, 147).

3) BB 61, 1222.

4) BGHZ 3, 281; 24, 206.

5) BGH GR 60, 387.

6) gegen Schwamberger auch Frey WRP 62, 71 Anm. 68; Wenzel NJW 62, 84 Anm. 31.

Diese Folgerung ist um so mehr berechtigt, als das Kriterium der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses viel zu unbestimmt ist, um eine klare Abgrenzung zu gewährleisten. Schwamberger hat die Ausführungen des BGH zu wörtlich genommen. Seine Auslegung dieser Entscheidung ist als Versuch zu werten, den Nachweis zu führen, daß der BGH den Belangen der Allgemeinheit den Vorrang vor den Interessen des kritisierten Mitbewerbers einraumt. Bei Beurteilung der vergleichenden Werbung ist der BGH diesen Weg nicht gegangen; der Versuch, aus der Entscheidung das Gegenteil herauszulesen, muß als gescheitert angesehen werden. Zugleich kommt Schwamberger aber das Verdienst zu, erneut darauf hingewiesen zu haben, welche Gefahren für die Rechtssicherheit die schwierige Abgrenzung der Ausnahmen mit sich bringt.

c) Erweiterte Anwendung des Abwehrvergleichs

In der Tagespresse [1] wurde eine Entscheidung des OLG Stuttgart [2] als neues gerichtliches Bekenntnis zur Zulässigkeit der vergleichenden Werbung lebhaft begrüßt, die bei näherer Betrachtung lediglich als erweiterte Zulassung des allgemein anerkannten Abwehrvergleichs angesehen werden kann [3]. In der Entscheidung führte ein Hersteller von Linoleum vor der Presse den Nachweis, die Linoleum-Produktion übertreffe die von Kunststoffbodenbelägen. Er engegnete damit einer gegenteiligen Mitteilung des Herstellers von Kunststoffbodenbelägen in einer Pressekonferenz.

Das OLG Stuttgart geht zunächst von dem Grundsatz aus, daß ein Vergleich der Produktionszahlen im allgemeinen unzulässig sei. Hier sei dem Wettbewerber die Bezugnahme auf statistische Erfolgszahlen nicht zu verwehren, da der Konkurrent diesen Leistungsvergleich selbst zum Gegenstand einer die Öffentlichkeit interessierenden Auseinandersetzung gemacht habe.
Im konkreten Fall liegt somit ein Abwehrvergleich vor, der den Vergleich rechtfertigt. Über die Entscheidung hinaus wird der Abwehrvergleich vom OLG Stuttgart insofern erweitert, als bei Werbung mit Produktionszahlen, insbesondere einer fortdauernden Auseinandersetzung in der Presse, dem Werbenden eine Beweiserleichterung zuteil wird. Er braucht das Vorliegen eines Angriffs nicht in jedem Fall nachzuweisen, wenn schwer feststellbar ist, wer Angreifer und wer Angegriffener ist. Das Urteil zeigt somit die Tendenz in der Rechtsprechung, die

1) vgl. Pressenotiz der "Welt" v. 3.4.62.
2) BB 62,350.
3) entgegen Spengler MA 62,288 kann bei einem Vergleich von Produktionszahlen kaum von einem Systemvergleich gesprochen werden.

bestehenden Ausnahmen weit auszulegen [1].

d) Willkürliche Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und technischem Fortschritt

Bei Erörterung des notwendigen Vergleichs wurde schon darauf hingewiesen, daß eine brauchbare Abgrenzung des Fortschrittsbegriffs noch nicht gefunden ist [2]. In diesem Zusammenhang ist dieser Gesichtspunkt wieder aufzunehmen; er beweist, daß die Rechtssicherheit im Sinne der Voraussehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen nicht gewährleistet ist, wenn das Gericht keine anerkannten Maßstäbe zur rechtlichen Bewertung des Fortschritts in Händen hat.
Eine Gefährdung der Rechtssicherheit liegt aber ferner darin, daß die Rechtsprechung einen gleichen Sachverhalt willkürlich ungleich behandelt. Nach der Rechtsprechung des BGH [3] ist der sachliche Vergleich zulässig zur Verdeutlichung eines technischen Fortschritts. Das RG [4] und ein Teil der Rechtslehre [5] haben zwar ungenau von dem technischen und wirtschaftlichen Fortschritt gesprochen, die Rechtsprechung privilegiert mit Zulassung des notwendigen Vergleichs deutlich allein den Fortschritt auf technischem Gebiet [6].

Diese Unterscheidung ist nicht gerechtfertigt. Höfer [7] erblickt einen Unterschied in dem größeren Interesse des Verkehrs am Bekanntwerden einer technischen Fortentwicklung, da sich die Allgemeinheit gerade den Fortschritt auf technischem Gebiet zum eigenen Vorteil dienstbar machen möchte. Überwiegend wird aber mit Recht davon ausgegangen, daß der Verbraucher weit weniger

---

1) das Revisionsurteil des BGH v. 30.10.63 in dieser Sache (Betr 63,1674) bestätigte diesen Teil der Entscheidung des OLG Stuttgart im Ergebnis; auf den Gesichtspunkt des Abwehrvergleichs komme es jedoch nicht entscheidend an, da die Gegenüberstellung der Produktionszahlen nicht über die Grenze des wettbewerbsrechtlich Zulässigen hinausgehe (vgl. Anm. der Schriftleitung zu diesem Urteil in BB 63,1396).

2) vgl. o. B II 3.

3) vgl. z.B. BGH GR 52,417; GR 58,345; GR 61,90.

4) GR 44,154.

5) Schwamberger NJW 61,1189; Höfer WRP 61,206; Feldmann BB 63,674; Brinkmann WRP 63,232; Hubmann aaO S. 252.

6) hier ist auf das Bromural-Urteil des RG (RGZ 143,362) hinzuweisen, in dem es einem Wettbewerber verboten wurde hervorzuheben, daß es ihm nach Ablauf des Patentschutzes gelungen sei, das identische Produkt zum halben Preis herzustellen; auf diesen wirtschaftlichen Fortschritt durfte nicht im Vergleich verwiesen werden.

7) WRP 61,208.

an der technischen Konstruktion als an der Gebrauchsfähigkeit, dem Preis und dem Kundendienst interessiert ist [1]. Gerade bei der Darstellung des wirtschaftlichen Fortschritts wird es dem angesprochenen Kunden ermöglicht, sich ein selbständiges Urteil zu bilden, was ihm bei technischen Vergleichen wegen mangelnder Sachkenntnis oft verwehrt ist. Ist der Verbraucher zumindest in der gleichen Weise am Bekanntwerden wirtschaftlicher Fortschritte interessiert, ist nicht einzusehen, warum die Rechtsprechung diese Bevorzugung der technischen Neuerungen beibehalten hat. Vielleicht erklärt es sich aus der ursprünglichen Begründung zum Systemvergleich, aus dem sich der notwendige Vergleich entwickelt hat, die Fortentwicklung der Technik dürfe nicht gehemmt werden [2].

Der wirtschaftliche Fortschritt muß dem technischen gleichgestellt werden. Wenn durch rationellere Fertigung und bessere Vertriebsmethoden ein preiswerteres Produkt hergestellt werden kann, so verdient dieser wirtschaftliche Fortschritt vor allem im Interesse der Verbraucher Beachtung und werbewirksame Verbreitung. Wettbewerbsrechtlich ist es willkürlich, den Hinweis auf den wirtschaftlichen Fortschritt zu verbieten, den auf den technischen Fortschritt als notwendigen Vergleich zu gestatten. Das BKartA und ein großer Teil der Rechtslehre fordern daher mit Recht eine gleiche Behandlung [3].
Ein kürzlich veröffentlichtes Urteil des OLG München [4] könnte einen Wandel der Rechtsprechung andeuten. Ein Schallplattenhersteller hob in der Werbung für seine Erzeugnisse hervor, daß sie "gemafrei" wären. Das OLG München sah in der Werbung einen zulassigen notwendigen Vergleich. Die erweiterte Auslegung des notwendigen Vergleichs zeigt sich in der vorangestellten Begriffsbestimmung: "Ein Vergleich ... kann erlaubt sein, wenn er der Verdeutlichung eines auf andere Weise nicht darzustellenden Vorteils dient und sich im Rahmen des Notwendigen hält." Der wirtschaftliche Fortschritt wird nach dieser Definition vom notwendigen Vergleich umfaßt. In der Entscheidung des OLG München ging es um einen wirtschaftlichen Vorteil: die öffentliche und gewerbsmäßige Wiedergabe der auf den Schallplatten festgehaltenen Musik erfordert keine Lizenz der Gema und damit auch keine Gebührenzahlung an sie [5].

Das Urteil kennzeichnet deutlich die Abgrenzungsschwierigkeiten, welche die Rechtsprechung bei der konkreten Entscheidung zu bewältigen hat. Die Zulassung

---

1) Wenzel NJW 62,82; Völp BB 61,113.

2) vgl. o. B II 3 S. 38.

3) vgl. BKartA BB 63,493; Völp BB 61,113; WRP 61,141; WRP 62,26; Cyrus GR 61,19; Wenzel NJW 62,83; Moser von Filseck GR 63,185.

4) WRP 63,163.

5) In dem Revisionsurteil hat der BGH GR 65,310 diese Gleichstellung von technischem und wirtschaftlichem Fortschritt ausdrücklich gebilligt.

des Vergleichs in der Werbung würde der willkürlichen Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und technischem Fortschritt ein Ende bereiten.

e) Abgrenzungsprobleme beim Systemvergleich

Die Rechtssicherheit ist bei einem Verbot der vergleichenden Werbung weiterhin insofern gefährdet, als eine Abgrenzung des Warenvergleichs von dem zulässigen Systemvergleich nur unter großen Schwierigkeiten erfolgen kann. Stets ist auf den Einzelfall abzustellen. Die gerichtliche Entscheidung ist nicht vorhersehbar, ein unterschiedliches Urteil in allen Instanzen keine Ausnahme [1].

Die Abgrenzungsschwierigkeiten beginnen bei dem Begriff des Systems. Eine allgemeingültige Definition hilft nicht weiter, sondern bringt nur weitere Unsicherheit, wie die Definition von Seubert [2], das System als Ordnung eines bestimmten Vorgangs unter einheitlichem Gesichtswinkel, beweist. Wirtschaftliche Prinzipien und Fertigungsverfahren fallen nach der Rechtsprechung ebenso unter den Begriff des Systems wie verschiedene Warengattungen.
Die Schwierigkeit zu bestimmen, wann ein Systemvergleich vorliegt, wird auch in der Rechtsprechung des RG sichtbar. Unberechtigt erscheint zwar die Kritik am Sparstift-Urteil des RG [3], in der darauf hingewiesen wird, zwischen einem Sparstift (die Minen liegen verschieb- und auswechselbar in einer hohlen Röhre) und einem einfachen Holzbleistift bestehe kein erheblicher Unterschied, der eine Systemverschiedenheit begründen konnte. Beide gehörten zu dem gleichen System, dem Bleistiftsystem [4]. Nicht nur eine geringfügige technische Neuerung bringt der Sparstift mit sich, sondern eine deutliche Artverschiedenheit, die beispielsweise aus der komplizierten Mechanik im Vergleich zu Holzbleistiften und der Auswechselbarkeit der Minen bei Sparstiften hervorgeht. Ein Warenartenvergleich wurde mit Recht bejaht, weil gerade nicht verschiedene Sparstift-Konstruktionen einander gegenübergestellt wurden.

Es erscheint aber unvereinbar, wenn das RG [5] einerseits beim Vergleich zweier Geräte, die die Funktion haben, das Wasser des Tenders vorgewärmt dem Lokomotivkessel zuzuführen, um dadurch Wärmeenergien zu sparen, nicht von zwei Herstellungsverfahren der einzelnen Systemgruppen, sondern von zwei Maschinentypen, die den gleichen technischen Gedanken verkörpern, spricht und den Vergleich daher verbietet.

---

1) z.B. RG GR 39,72 m. Anm. Ruth JW 37,2845.
2) BB 60,967.
3) GR 34,748.
4) so B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 42; auch Droste GR 51,142.
5) GR 35,55.

Andererseits wurde der Vergleich von zwei Rauchgasabzügen für Lokomotivschuppen vom RG [1] zugelassen, nur weil der eine aus einem anderen Material (Asbest-Zement) hergestellt war als der andere (Hohltonziegel).

Diese und andere Entscheidungen des RG haben im Schrifttum erhebliche Kritik hervorgerufen, die darauf hinauslief, der Begriff des Systems lasse sich nicht bestimmen und folglich sei der Systemvergleich als Ausnahmefall unbrauchbar [2].

Die Unbestimmtheit des Systembegriffs gibt dem Werbenden gerade die Möglichkeit, seinen Warenvergleich als Systemvergleich zu tarnen. Vielfach wird er in der Lage sein, seine Ware als bestimmte Warengattung den Konkurrenzerzeugnissen gegenüberzustellen. Es ist deshalb besonders darauf zu achten, daß eine willkürliche Gegenüberstellung von Systemen vermieden wird und das System umfassend genug ist [3]. Das RG [4] hat in einer Entscheidung vor endgültiger Begründung des Vergleichsverbots einen Warenvergleich deshalb für unzulässig gehalten, weil die Vergleichsobjekte willkürlich ausgewählt wurden. Dieser Gedanke muß auch für die Auswahl der gegenüberzustellenden Warenarten oder technischen Verfahren gelten. Ein strenger Maßstab ist anzuwenden, damit nicht unter dem Deckmantel eines Systemvergleichs ein nach der Rechtsprechung verbotener Warenvergleich vorgenommen wird; dies wird sich aber häufig nicht verhindern lassen [5], wie auch das RG erkannt hat, das an die Zulässigkeit des Systemvergleichs um so höhere Anforderungen stellt, je mehr er sich einem Warenvergleich annähert [6].

Aus diesen Abgrenzungsschwierigkeiten werden die unterschiedlichsten Folgerungen gezogen. Nach einer Ansicht soll der Systemvergleich auf den Begriff des Systems in seiner ursprünglichen Bedeutung beschränkt bleiben und vor allem ein Warenartenvergleich nicht als Systemvergleich zulässig sein [7]. Diese Einschränkung kann nicht befürwortet werden, da Warengattungen im Regelfall von zahlreichen Wettbewerbern hergestellt werden, so daß ein abstrakter Vergleich der Vor- und Nachteile ebenso berechtigt erscheint wie bei verschiedenen technischen Systemen. Auch auf den Unterschied verschiedener Warenarten will das Publikum aufmerksam gemacht werden [8].

---

1) RGZ 156,1.
2) Droste GR 51,142; Seubert BB 60,967; Schönherr GR Ausl. 64,190.
3) vgl. Ulmer JW 32,1889.
4) RGZ 116,277.
5) vgl. Feldmann BB 63,674; B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 40.
6) RG GR 40,53.
7) B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 47; Seubert BB 60,968.
8) Ulmer JW 32,1889.

Droste [1] hat vorgeschlagen, den Systemvergleich überhaupt abzuschaffen, da die meisten Systemvergleiche im Sinne der bisherigen Rechtsprechung vom Ausnahmetatbestand des notwendigen Vergleichs umfaßt werden. Droste hat mit Recht darauf hingewiesen, daß sich der notwendige Vergleich aus dem Systemvergleich entwickelt hat. Eine deutliche Trennung beider ist aber unvermeidbar, da es beim notwendigen Vergleich nicht unerlaubt ist, auf den Mitbewerber ausdrücklich hinzuweisen. Der BGH stellt daher den notwendigen Vergleich neben den Systemvergleich, nicht aber an seine Stelle [2]. Droste sind später selbst Zweifel gekommen, ob der Systemvergleich fallengelassen werden kann, weil gerade die Berechtigung wettbewerblicher Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Wirtschaftssystemen in letzter Zeit offenkundig geworden ist [3]. Diese Gegenüberstellung könnte zwar als Systemvergleich, nicht aber als notwendiger Vergleich zugelassen werden.

Ruth [4] folgerte aus der schwierigen Grenzziehung, der Systemvergleich müsse ebenso behandelt werden wie die vergleichende Werbung.
Ruth sprach von einer vergleichenden Werbung mit verfeinerten Mitteln und wollte das grundsätzliche Verbot des Systemvergleichs daraus ableiten. Die Parallelen zwischen dem Systemvergleich und dem Regelfall der vergleichenden Werbung sollen nicht weiter gezogen werden. Beachtenswert erscheint in erster Linie die Folgerung, zu einer gleichen Bewertung des System- wie des Warenvergleichs zu gelangen. Die vielfach undurchführbare Abgrenzung des Systems würde vermieden. Bei gleicher Beurteilung beider Vergleiche wird die Entscheidung voraussehbar. Die Werbenden brauchen ihren Warenvergleich nicht mehr als Systemvergleich zu tarnen, sondern können offen ihre Waren miteinander vergleichen. Wettbewerbsstreitigkeiten werden vermieden, da nach der jetzigen Rechtsprechung die Werbung bis an die Grenzen des Systemvergleichs geht, um das Verbot der vergleichenden Werbung über einen als Systemvergleich verschleierten Warenvergleich zu umgehen.
Ruth wollte die vergleichende Werbung wie den Systemvergleich für unzulässig erklären. Aus seiner Argumentation ist allein der Gedanke zu übernehmen, daß sich bei gleicher Bewertung beider der Vorteil ergibt, daß jegliche Abgrenzungsschwierigkeiten entfallen. Im übrigen ist nur die entgegengesetzte Folgerung, nämlich beide Vergleiche zuzulassen, gerechtfertigt, wie die vorhergehende Begründung der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung erkennen ließ. Die Zulässigkeit des Systemvergleichs wie der vergleichenden Werbung würde dazu beitragen, die Rechtsunsicherheit auf diesem Teilgebiet zu beseitigen.

---

1) GR 51,147,148.
2) BGH GR 61,90.
3) WuW 54,519.
4) JW 37,2845.

f) Notwendige Aufklärung des Publikums

Tetzner [1] und D. Reimer [2] anerkennen als weiteren Ausnahmetatbestand die Aufklärung des Publikums zur Beseitigung eines Irrtums, durch den das wirtschaftliche Fortkommen des Werbenden behindert wird. Beide berufen sich auf ein Urteil des RG [3], aus dem eine so weitgehende Ausnahme jedoch nicht entnommen werden kann. Würde man diesem Vorschlag folgen, wäre erreicht, was von der neueren Lehre, die sich zum zulässigen Werbevergleich bekennt, erstrebt wird. Gerade die Vergleiche in der Werbung dienen der Aufklärung des Publikums und wollen den Verbraucher vor Irrtümern bewahren, z.B. daß die teuerste Ware auch immer die beste ist oder daß die preiswerte Ware um so größere Mängel hat.
Eine hinreichende Veranlassung zum Vergleich kann nicht bejaht werden, wenn dieser zur Aufklärung des Publikums notwendig ist [4]. Die genügende Bestimmtheit ist nicht gewährleistet; im übrigen wird der Vergleich in diesen Fällen vielfach als notwendiger Vergleich oder als Systemvergleich zulässig sein.

g) Aufklärung amtlicher oder privater Stellen

In den Entscheidungen des RG [5] wird ein Vergleich als zulässig angesehen, wenn er dazu dient, zum Eingreifen berufene Stellen auf wettbewerbliche Mißstände aufmerksam zu machen. Der Gedanke der Information zuständiger amtlicher oder privater Stellen wird in der Rechtsprechung [6] und Rechtslehre [7] im Rahmen der Ausnahmen zur vergleichenden Werbung wiederholt.
Ein Ausnahmefall zum Vergleichsverbot liegt hierin nicht. Zählen die amtlichen oder privaten Stellen zu den Abnehmern des Werbenden, ist eine besondere Bewertung nicht gerechtfertigt. Will der Werbende die amtlichen oder privaten Stellen allein über Mißstände des Konkurrenzproduktes aufklären, ohne unmittelbar Werbezwecke zu verfolgen, wird man gar nicht mehr von Werbung im eigentlichen Sinne sprechen können [8]. Es mag hier offen bleiben, ob und inwieweit die Herabsetzung des Mitbewerbers bei diesen Stellen durch den Wettbewerber zulässig ist; die Grundsätze der vergleichenden Werbung dürfen zur

---

1) Anm. 132 zu § 1 UWG.
2) aaO S. 145.
3) RG GR 38,129.
4) vgl. hierzu aber die im Nachwort dargestellte neuere Rechtsprechung des BGH.
5) RG GR 38,652; 39,654.
6) OLG Stuttgart GR 55,52; LG Stuttgart GR 55,55.
7) D. Reimer aaO S. 142 ff.
8) D. Reimer aaO S. 143.

rechtlichen Beurteilung nicht herangezogen werden, wenn der Mitteilungsempfänger kein Abnehmer ist.

Die vorangegangenen Beispiele genügen, um die Gefahren der bestehenden Ausnahmerechtsprechung für die Rechtssicherheit erkennen zu lassen. Die anerkannten Ausnahmen lassen sich nicht klar abgrenzen [1] und werden von der Rechtsprechung im Einzelfall weit ausgelegt. Es ist aber nicht nur die Rechtsprechung, die neue Ausnahmen zu begründen sucht. Diese Tendenz ist vor allem in der Rechtslehre zu beobachten, die aus Entscheidungen auf neue Ausnahmefälle schloß oder umfassende Rechtfertigungsgründe befürwortete, um die Markttransparenz zu erhöhen. Dabei wurde deutlich, daß es nicht empfehlenswert erscheint, die gegenwärtige Ausnahmerechtsprechung aufrechtzuerhalten.

3) Schwierige Bestimmbarkeit der erkennbaren Bezugnahme

Schließlich ist eine sichere Abgrenzung der vergleichenden Werbung durch das Kriterium der erkennbaren Bezugnahme nicht gewährleistet [2]. In der Praxis ist eine ausdrückliche Erwähnung der Leistung des Mitbewerbers selten; meist wird die eigene Ware mit fremden Erzeugnissen verglichen, ohne daß die Konkurrenten ausdrücklich genannt werden. Es genügt, daß der Mitbewerber erkennbar ist, um von vergleichender Werbung sprechen zu können.
Welche Maßstäbe an die Erkennbarkeit von den Gerichten zu legen sind, ist bis heute ungeklärt, wie vor allem die oben erörterten Einzelfragen der Werbung mit Richt- oder Listenpreisen, mit Discountpreisen oder mit Warentests beweisen; bei diesen Streitfragen ist meist die Erkennbarkeit der Bezugnahme entscheidungserheblich. Zwar gibt es Anhaltspunkte für die Erkennbarkeit, wie z.B. räumliche Nähe oder zeitliches Zusammenfallen mit einer Konkurrenzwerbung oder die Tatsache, daß nur wenige bekannte Hersteller den ganzen Markt beherrschen [3]. Aber schon die Beantwortung der Frage, wann der Verkehr nur wenige Konkurrenten als betroffen ansieht, zeigt, daß keine einheitlichen Zahlenangaben möglich sind, wann der Mitbewerberkreis groß genug ist, damit die Werbung auf keinen bestimmten Wettbewerber abzielt. Die Entscheidung muß stets von den konkreten Marktverhältnissen geprägt sein.

---

1) vgl. die oben B II erwähnten Auslegungsprobleme.
2) zu den Abgrenzungsschwierigkeiten vgl. insbesondere Spengler Wettb 60,81; Tetzner NJW 62,1088.
3) vgl. o. A III 2.

Läßt man den Werbevergleich zu, wird in vielen Fällen dahingestellt bleiben können, ob ein oder mehrere ausreichend bestimmbare Mitbewerber betroffen sind. Es könnte hier eingewandt werden, diese Prüfung sei stets notwendig, da nur dem Vergleich, der sich auf Konkurrenten erkennbar beziehe, feste Grenzen gesetzt seien, die bestimmt werden müßten.
Übersehen wird dabei, daß gerade in vielen Fällen die Grenzen eingehalten sind, so daß es ausreichen würde, von den Grenzen auszugehen und dadurch die Lösung der schwierigen Frage der erkennbaren Bezugnahme zu vermeiden.

Hinzu kommt, daß bei Zulassung des Vergleichs auch die unterschiedliche Behandlung der Unternehmer nach der Größe und Überschaubarkeit des Mitbewerberkreises vermieden würde [1]; die Möglichkeit, in der Werbung allgemein das eigene Erzeugnis mit anderen Waren zu vergleichen, darf nicht nur Wettbewerbern vorbehalten sein, die viele Konkurrenten haben.

Ein Ansatzpunkt für die Entwicklung, auf die Erkennbarkeit der Bezugnahme zu verzichten, ist bei der rechtlichen Bewertung der alleinstellenden Werbung durch die Rechtslehre festzustellen. Die Alleinstellungswerbung wird auch bei erkennbarer Bezugnahme als Ausnahmefall zur vergleichenden Werbung angesehen.
Beim Systemvergleich scheint die Rechtsprechung jetzt ebenfalls diese Ansicht zu bejahen [2].
Geht man von der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung aus, erübrigt sich im Regelfall eine nähere Prüfung, ob eine erkennbare Bezugnahme zu bejahen ist.

Zusammenfassend ergibt sich, daß nach der gegenwärtigen Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung die Rechtssicherheit gefährdet ist, da die Voraussehbarkeit der gerichtlichen Entscheidung sehr erschwert wird. Die notwendige Voraussetzung der vergleichenden Werbung ist eine zumindest erkennbare Bezugnahme, die nur schwer feststellbar ist. Die Ausnahmen werden weit ausgelegt; die Rechtslehre ist immer wieder bestrebt, neue Ausnahmetatbestände zu schaffen. Besonders unbefriedigend ist es, daß diese Rechtsfortbildung das Regel-Ausnahme-Verhältnis immer unglaubwürdiger erscheinen läßt.
Hält man diesen Gründen die Argumente entgegen, mit denen versucht wird zu beweisen, daß die Rechtssicherheit gerade das Verbot des Werbevergleichs gebietet [3], so zeigt sich, daß die weitaus größeren Gefahren für die Rechtssicherheit gegeben sind, wenn die vergleichende Werbung von der Rechtsprechung weiterhin als sittenwidrig erachtet wird.

---

1) vgl. o. A III 2 S. [illegible]
2) BGH BB 63,163; OLG München GR 59,196.
3) C I 3 c bb.

VI. AUSBLICK AUF VORTEILE EINES WANDELS DER RECHTSPRECHUNG

Nach der Begründung der Zulässigkeit des Werbevergleichs soll ein kurzer Ausblick auf gesetzgeberische Bestrebungen, den Vergleich in der Werbung ausdrücklich zu regeln, gegeben und die Vereinbarkeit des vorgeschlagenen Lösungswegs mit diesen Zielen erörtert werden. Auch die Auswirkungen eines Wandels der Rechtsprechung auf ein von vielen Seiten erwünschtes einheitliches Wettbewerbsrecht dürfen nicht unberücksichtigt bleiben.

1) Vermeidbarkeit einer Gesetzesänderung

Ein Wandel der Rechtsprechung könnte den andauernden Diskussionen um eine Änderung des UWG ein Ende bereiten.
Im Jahre 1956 stellte die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände den Vorschlag zur Erörterung, den Werbevergleich in einem zweiten Absatz des § 1 UWG ausdrücklich zuzulassen [1]. Die Neufassung des UWG wurde 1961 von der SPD und der FDP wieder ins Auge gefaßt, um die vergleichende Werbung zu ermöglichen [2]. Im Anschluß an das Urteil des OLG Bremen [3] befürwortete auch das Bundeswirtschaftsministerium die Änderung des § 1 UWG mit dem Ziele, die vergleichende Werbung im gewissen Umfang zuzulassen [4]. Dieser Gedanke wurde von dem früheren Bundeskanzler Adenauer aufgegriffen, als er in seiner Regierungserklärung im Herbst 1962 den Bundesminister der Justiz aufforderte, dem Kabinett über die Möglichkeiten einer wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung zu berichten [5]. In der verbraucherpolitischen Diskussion im Bundestag am 4. 12. 1963 wurde erneut gefordert, die Frage der vergleichenden Werbung im Bundestag zu erörtern [6].

Gegen die Bestrebungen, den Meinungsstreit durch eine gesetzliche Regelung zu beenden, um eine Klarstellung zu erlangen [7], sind erhebliche Bedenken

---

1) vgl. Bohrer MA 56,345; Borck WRP 61,3.
2) vgl. Völp NJW 61,1916 (nach Stuttgarter Zeitung v. 6.9.61).
3) NJW 62,304.
4) vgl. FAZ v. 28.2.62.
5) stenographische Berichte des Deutschen Bundestags, 4. Wahlperiode, 39. Sitzung, S. 1635.
6) Stenogr. Berichte des Deutschen Bundestags, 4. Wahlperiode, Sitzung v. 4.12.63, S. 4515,4526,4531.
7) vgl. auch Droste Betr 63,725, der eine gesetzliche Regelung befürwortet, damit die Zweifel, ob das Vergleichsverbot als Gewohnheitsrecht anzusehen ist, behoben sind; ebenso Betr 64,504; NJW 64,819.

geltend zu machen. Gerade im Wettbewerbsrecht hat sich der Vorteil der Generalklausel in den letzten Jahrzehnten erwiesen. Allein dadurch konnte die Rechtsprechung lebensnah bleiben und sich den wandelbaren Einflüssen der Zeit anpassen. Eine gesetzliche Regelung führt dagegen zur Schematisierung anstelle einer Entscheidung des Einzelfalls.

Im Wettbewerbsrecht hat sich schon gezeigt, daß durch Sondertatbestände allein das komplexe Gebiet wettbewerbsrechtlicher Tatbestände nicht erfaßt werden kann. Die Folge war im Jahre 1909 die Einfügung der Generalklausel des § 1 UWG, welche die sichtbar gewordenen Gesetzeslücken ausfüllen sollte. Wollte man jetzt wieder dazu übergehen, Sondertatbestände zu schaffen, würde übersehen, daß der Wettbewerb ständigen Veränderungen unterliegt; was heute im Sinne einer gesetzlichen Regelung beurteilt würde, mag morgen in einer anderen Wirtschaftsordnung anders bewertet werden [1].
Es ist ferner zu befürchten, daß es nicht bei einem Sondertatbestand über den Werbevergleich bleiben wird, sondern daß Bestrebungen laut werden, andere ebenso umstrittene Rechtsfragen im Rahmen des § 1 UWG auf gesetzlichem Wege zu lösen, wie z.B. die Frage, wann der Außenseiter einer Preisbindung beim Erwerb von gebundener Ware sittenwidrig handelt [2]. Die Ergänzung der Generalklausel durch kasuistische Bestimmungen würde daher die Rechtsprechung einengen und behindern. Sie würde dieser vor allem ihre Lebensnähe nehmen.

Die deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht hat in einer Eingabe an den Bundesminister der Justiz [3] eine Ergänzung der Generalklausel als unzweckmäßig und nicht notwendig bezeichnet und die Gefahren eines Werbevergleichs für die Allgemeinheit aufgezeigt.

Der Bericht des Bundesministers der Justiz über die Möglichkeit einer wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung vom 25.3.1963 wurde dem Bundestag mit einer Entschließung der Bundesregierung am 24.2.1964 zugeleitet [4]. Der Bericht spricht sich dafür aus, die Beurteilung der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung weiterhin der Rechtsprechung zu überlassen und in diese Entwicklung nicht durch eine gesetzliche Regelung einzugreifen. Zur Begründung wird ausgeführt, die Markttransparenz werde nur unerheblich verbessert, die Aufklärung des Verbrauchers nicht herbeigeführt. Der zulässige Werbevergleich führe vielmehr zu einer Konzentration in der Wirtschaft und wirke sich zuungunsten der

---

1) vgl. Möhring MA 62,967; Meyer-Cording JZ 64,276; Völp WRP 65,127.
2) OLG Frankfurt NJW 63,1622 gegen BGH NJW 62,1106; der BGH bestätigte seine Rechtsprechung in NJW 64,917.
3) GR 63,251.
4) BTDrucks. IV/1976.

mittelständischen Unternehmen aus, die nicht im gleichen Umfang wie die Großbetriebe werben könnten; auch würden diese finanzschwächeren Unternehmen in höherem Maße das Risiko gerichtlicher Auseinandersetzungen scheuen [1]. Rechtspolitische Gründe sprechen nach dem Bericht gleichfalls gegen die gesetzliche Zulassung der vergleichenden Werbung. Eine Aufspaltung der Generalklausel in Sondertatbestände würde eine Erstarrung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zur Folge haben. Auch im Hinblick auf die Rechtsangleichung innerhalb des Gemeinsamen Marktes bestehe kein Anlaß für eine gesetzliche Regelung.
Die Bundesregierung hebt in ihrer Entschließung zu diesem Bericht hervor, daß sie eine gesetzliche Regelung der vergleichenden Werbung jedenfalls zur Zeit nicht für zweckmäßig halte. Sie stehe aber der vergleichenden Werbung, soweit diese geeignet ist, einem berechtigten Aufklärungsinteresse der Verbraucher Rechnung zu tragen, aufgeschlossen gegenüber. Die Rechtsprechung habe sich insbesondere mit dem Gesichtspunkt, den Werbevergleich im Interesse der Allgemeinheit zuzulassen, noch nicht auseinandergesetzt.

Diesem Bericht kann uneingeschränkt gefolgt werden, soweit er eine gesetzliche Regelung der vergleichenden Werbung ablehnt. Es wäre der weit harmonischere Weg, wenn sich die Rechtsprechung ohne eine Änderung des § 1 UWG im Interesse der Aufklärung der Verbraucher zur Zulässigkeit des Werbevergleichs bekennen würde. Einem Wandel der Sittenauffassung würde damit auch für die Zukunft keine gesetzliche Regelung ausdrücklich entgegenstehen.
Auch ein weiterer Versuch, einen Teilbereich der vergleichenden Werbung gesetzlich zu regeln, blieb erfolglos. Nach einem Initiativentwurf der SPD vom 3.3.1964 [2] sollte in einem Absatz 2 des § 1 UWG die Werbung mit den Ergebnissen von Warentests ausdrücklich zugelassen werden, soweit diese von einem anerkannten Testinstitut in einem einwandfreien Verfahren ermittelt wurden [3].
Für eine Regelung der zulässigen Bezugnahme auf Testergebnisse besteht keine Notwendigkeit, wie der Wirtschaftsausschuß des Bundestags zu Recht festgestellt hat [4]. Nach den früheren Erörterungen ist es dem Wettbewerber ohne weiteres möglich, den Warentest auszuwerten, ohne auf den Konkurrenten Bezug zu nehmen. Darüber hinaus rechtfertigt nach der neuesten Entwicklung der Rechtspre-

---

1) vgl. aber die gesetzliche Anerkennung des sog. Wettbewerbsarmenrechts in § 23a UWG durch Gesetz vom 21.7.1965.
2) BTDrucks. IV/2001.
3) vgl. hierzu BB 64,406; Greifelt Wettb 64,34; Giefers WRP 64,289; ebenso B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 81.
4) BB 65,600.

chung des BGH zur vergleichenden Werbung das Aufklärungsinteresse den Vergleich [1]. Es kommt hinzu, daß die Bedeutung der Werbung mit Testergebnissen zurückgegangen ist. Die "DM", die in erster Linie Anzeigen mit Testergebnissen veröffentlichte, hat vorerst ihr Erscheinen eingestellt. Die "Stiftung Warentest" hat andererseits nach § 14 ihrer Satzung alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um einer Verwendung ihrer Testergebnisse zu Werbezwecken entgegenzuwirken. Ihre Testzeitschrift "Test" enthält keine Anzeigen.
Auch der Präsidialrat des Zentralausschusses der Werbewirtschaft hat sich in seiner Entschließung vom 6.5.1965 gegen die Werbung mit Warentestergebnissen ausgesprochen und den Gesetzgeber und die Gerichte aufgefordert, bei der Beurteilung dieser Werbung vor allem an dem Verbot, auf Mitbewerber zum Zwecke eigener Absatzförderung Bezug zu nehmen, festzuhalten [2].
Aus den vorerwähnten Gründen hat der Gesetzgeber zu Recht die Beurteilung der bezugnehmenden Werbung mit Testergebnissen der Rechtsprechung überlassen.

2) Rechtsvereinheitlichung

Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung ist ferner im Interesse einer weltweiten wirtschaftlichen Integration von Europa und Amerika zu empfehlen, da diese eine Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechts notwendig macht [3]. Hierbei ist zu erwarten, daß Amerika, England und die übrigen Länder der Kleinen Freihandelszone, die von der Zulässigkeit ausgehen, sich gegenüber den EWG-Ländern durchsetzen und diese zu einer Änderung bewegen werden. Spätestens in diesem Augenblick werden die deutschen Gerichte zu einer anderen Auslegung des Werbevergleichs bereit sein. Warum will man die Werbungtreibenden aber bis dahin hindern, die Verbraucher aufzuklären? Es darf nicht übersehen werden, daß dies einmal ausländischen Werbenden, die Erfahrungen mit Vergleichen im eigenen Lande gemacht haben, auf dem deutschen Markt zu einem Wettbewerbsvorsprung verhelfen könnte.

---

1) BGH NJW 64,2251; so auch die Begründung des Wirtschaftsausschusses BB 65,600; ähnlich Borck WRP 65,204.

2) Betr 65,774; ZAW-Bericht 65, S. 70,138,139.

3) vgl. hierzu auch Troller Wettb 62,15, der in der Zulassung der vergleichenden Werbung einen wichtigen Schritt zu einem einheitlichen europäischen Wettbewerbsrecht erblickt.

VII. ZUSAMMENFASSUNG

Überblickt man die vorerwähnten Begründungen, wird deutlich, daß sich die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung aus mehreren Argumenten herleiten läßt. Unergiebig waren zwar die Versuche, das Vergleichsverbot über den Weg der verfassungskonformen Auslegung oder durch einen Umkehrschluß aus dem Wortlaut des § 14 UWG zu widerlegen. Im Vordergrund der Untersuchung mußte vielmehr eine eingehende Auseinandersetzung mit dem anzuwendenden Sittenbegriff stehen, dem zentralen Auslegungsproblem im Rahmen des § 1 UWG, der für den wahren Vergleich als Anspruchsgrundlage allein erheblich ist. Bei der Lösung des Konfliktes zwischen dem Anstandsgefühl der Gewerbetreibenden und dem der Allgemeinheit wurde vor allem im Hinblick auf die Gesamtordnung des Wettbewerbs dem letzteren der Vorrang eingeräumt.

Hieraus war zu folgern, daß alle Begründungen, die aus der Beeinträchtigung des Konkurrenten die Sittenwidrigkeit des Vergleichs herleiteten, zurückzutreten haben, wenn gerade die Durchführung des Vergleichs für die Allgemeinheit von Nutzen ist. Das Hellegold-Motiv, das von allen Verbotsbegründungen allein zutreffend und nicht widerlegbar ist, reicht daher nicht aus, den Verstoß gegen die guten Sitten darzulegen, da die vergleichende Werbung die Markttransparenz fördert und dem Leistungswettbewerb dient. Dieses vorrangige Allgemeininteresse bestimmt die Auslegung des § 1 UWG und führt zur Zulässigkeit des Werbevergleichs.

Wenn auch die Rechtsprechung dieser Auslegung bis auf die Entscheidungen des OLG Bremen und des LG Tübingen entgegensteht, lassen sich aus den Urteilen, in denen der Werbevergleich ausnahmsweise für zulässig erklärt wurde, weitere Argumente für die grundsätzliche Zulässigkeit der vergleichenden Werbung gewinnen. Beim Vergleich auf Verlangen, beim notwendigen Vergleich und bei der alleinstellenden Werbung tritt offen zutage, daß den sittlich-rechtlichen Grundlagen, die für das grundsätzliche Verbot nach der Rechtsprechung maßgeblich waren, auf einmal nicht mehr Rechnung getragen wird. Neben dieser Inkonsequenz der Rechtsprechung offenbaren die ergangenen Entscheidungen bisweilen die Rechtsunsicherheit, welche die gegenwärtige Ausnahmerechtsprechung mit sich bringt. Alte Ausnahmen werden immer weiter ausgelegt, neue Ausnahmen von der Rechtsprechung oder Rechtslehre entwickelt.

Bei der Zulassung des Vergleichs in der Werbung wird der häufig entstehende Konflikt zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit vermieden. Die Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechts wird vorangetrieben und in der Bundesrepublik Deutschland den Diskussionen um eine ausdrückliche Zulassung des Werbevergleichs auf gesetzlichem Wege ein Ende bereitet, da die Generalklausel des § 1 UWG der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung überhaupt nicht entgegensteht.

E. EINSCHRÄNKUNGEN DES ZULÄSSIGEN VERGLEICHS

In den vorangegangenen Ausführungen zur Begründung der Zulässigkeit des Werbevergleichs zeigte sich an mehreren Stellen, daß es ebenso wenig möglich ist, jede vergleichende Werbung zuzulassen, wie es sich in der Vergangenheit als undurchführbar erwiesen hat, sie generell zu verbieten. In der Praxis bewährt sich nur ein Mittelweg. Vor allem bei den Einwanden der fehlenden Objektivität und Nachprüfbarkeit, die der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung vorgehalten werden, wurde schon angedeutet, daß gewiß die Gefahr besteht, der Werbezweck werde gegenüber dem Informationsbedürfnis überbetont und der Verbraucher erhalte durch den Vergleich ein falsches Bild über die verglichenen Waren. Dieser Gefahr muß dadurch begegnet werden, daß der Werbevergleich nur innerhalb fester Schranken zugelassen werden darf. In welcher Weise der zulässige Vergleich Einschränkungen unterworfen ist, soll im folgenden erörtert werden.

I. TATSACHENVERGLEICH

Als erstes Kriterium eines zulässigen Vergleichs ist hervorzuheben, daß es sich um einen Vergleich von Tatsachen handeln muß [1]. Nur Tatsachenvergleiche, in erster Linie Datenvergleiche, bieten die ausreichende Gewähr für weitgehende Objektivität.

Die Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen fällt nicht leicht; der wesentliche Unterschied besteht darin, daß die Tatsachenbehauptungen von Geschehnissen ausgehen, die dem Beweise zugänglich sind, während sich Werturteile nicht beweisen lassen [2]. Werturteile sind der vergleichenden Werbung fernzuhalten, da bei diesen die große Gefahr einer Täuschung gegeben ist. Sie dienen nicht der Markttransparenz da sie nicht nachprüfbar sind. Werturteile könnten den Verbraucher irreführen, da ein objektives Urteil nicht erwartet werden kann. Selbst tatsachenbezogene Werturteile oder auch in ein Werturteil gekleidete Verallgemeinerungen können in einem Werbevergleich nicht zugelassen werden [3]. Geschmacksunterschiede und andere nicht nachprüfbare persönliche Empfindungen und Bewertungen stehen außerhalb eines zulässigen Vergleichs.

---

1) Koenigs NJW 61,1044; Völp GR 62,184; Rinck BB 62,106; Antoni BB 62, 1171,1173; Spengler MA 62,291; Brinkmann WRP 63,293; BKartA BB 63, 493.

2) vgl. BGHZ 3,273; B.-Hefermehl § 14 UWG Anm. 4; Helle aaO S. 30 ff.

3) Spengler MA 62,291; Antoni BB 62,1173.

Die subjektive Betrachtungsweise des Werbenden verbietet einen Vergleich, der nicht auf Wahrheit überprüft werden kann. Der Vergleich muß sich daher stets auf ein genau bezeichnetes, für das Publikum aus der Menge gleichartiger Angebote erkennbares Erzeugnis beziehen [1]. Ein allgemeiner vergleichender Hinweis ist unzulässig, da er dem Verbraucher jede Möglichkeit nimmt, sich selbst von der Richtigkeit der Werbeaussage anhand der Ware zu überzeugen.

II. WAHRHEIT DES VERGLEICHS

Im gesamten Wettbewerbsrecht, vor allem aber im Bereich der Werbung, kommt dem Wahrheitsgrundsatz eine besondere Bedeutung zu [2]. Bei den früheren Ausführungen zur Zulässigkeit des Werbevergleichs wurde schon darauf hingewiesen, daß das Problem der vergleichenden Werbung nur bei der wahren Werbung auftaucht, da andernfalls § 3 und § 14 UWG zu einer klaren Entscheidung führen. Voraussetzung eines zulässigen Vergleichs ist daher stets seine Wahrheit.

Es blieb nicht unerwähnt, daß die Wahrheit des Vergleichs oft nur schwer feststellbar sein wird. Nicht die objektive Richtigkeit ist entscheidend, stets ist zu prüfen, wie die Werbung vom Verbraucher verstanden wird, für den die Werbung bestimmt ist und an den sie sich wendet.
Der Vergleich in der Werbung ist daher nur wahr, wenn das Publikum aus dem Vergleich keine falschen Schlüsse zieht. Dabei bleibt unbeachtet, wie der Werbende den Vergleich verstanden wissen wollte [3].
Ein unwahrer Vergleich kann insbesondere in Betracht kommen, wenn ein Wettbewerber einen belanglosen und kurzlebigen Vorsprung, den er im Augenblick erzielt hat, in den Mittelpunkt seines Werbevergleichs stellt [4]. Der Verbraucher wird bei diesen Vorteilen, die ein Wettbewerber nur für kurze Zeit gegenüber der Konkurrenz aufweist und die für den Verkehr ohne größere Bedeutung sind, eher verwirrt als aufgeklärt. Wie bei der zulässigen Alleinstellungswerbung [5] ist eine gewisse Beständigkeit eines Vorsprungs, der für den Verbraucher nicht völlig unbedeutend sein darf, zu verlangen, um zu verhindern, daß das Publikum der Werbung einen falschen Sinn beimißt und sie damit unwahr werden läßt.

---

1) vergleiche den Hinweis auf diese Grenze in der kürzlich ergangenen Entscheidung des BGH BB 63, 1274 als Hilfsbegründung.
2) B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 5.
3) vgl. B.-Hefermehl § 3 UWG Anm. 5, 9.
4) Leo WRP 60, 298; OLG Köln WRP 62, 133.
5) Spengler Betr 63, 575 m. Hinw. auf die Rechtspr.

Abzulehnen ist dagegen die Ansicht von Spengler [1], der Vergleich könne irreführen, wenn der Wettbewerber seine Ware mit einem unter dem Branchendurchschnitt liegenden Mitbewerber vergleiche.

Primär wird es in der Werbepraxis gerade das Bestreben sein, die eigene Ware mit dem schärfsten Konkurrenzprodukt zu vergleichen. Diese Werbung verspricht den größten Erfolg, da die Kunden des Konkurrenten in besonderem Maße angesprochen werden, den Vergleich zu überprüfen und sich der Ware des Werbenden zuzuwenden. Dieser Vorteile geht der Werbende schon verlustig, vergleicht er sich mit einem Konkurrenten, der weit unter dem Branchendurchschnitt steht. Der Vergleich ist hier zwar leichter zu ziehen, die Wirkung ist aber für den Werbenden erheblich geringer. Er mag zwar mit einer Werbung bewirken, daß dieser Wettbewerber aus dem Markt ausscheidet. Der Kaufertrag dieser Ware wird aber nicht allein dem Werbenden, sondern mindestens ebenso seinen Konkurrenten zugute kommen, da sich die Käufer vielfach fragen werden, weshalb er seine Ware nur mit dem schlechten Mitbewerber vergleicht und sogar argwöhnen werden, er scheue den Vergleich mit den stärkeren Konkurrenten.
Sprechen also schon diese wirtschaftlichen Überlegungen gegen die Zweckmäßigkeit, die eigene Ware mit einer unter dem Branchendurchschnitt liegenden Ware zu vergleichen, so sind zugleich keine rechtlichen Erwägungen gegen diesen Vergleich vorzubringen. Der Vergleichende stellt seine Ware einem anderen Erzeugnis gegenüber und erwähnt die Vorzüge seiner Ware. Er hebt somit hervor, daß seine Ware besser ist als die des genannten Wettbewerbers. Aus der Werbung geht aber nicht hervor, daß seine Ware weit über dem Branchendurchschnitt oder etwa an der Spitze steht. Die Werbung kann deshalb nicht als irreführend bezeichnet werden, weil das Publikum aus dem Werbevergleich nur auf eine Rangfolge der verglichenen Ware schließen darf über die anderen Konkurrenten und ihre Waren wird keine Aussage gemacht.

Auch die vergleichenden Warentests sorgen dafür, daß die Wahrheit des Werbevergleichs eingehalten wird und die subjektive Betrachtungsweise durch ein um so objektiveres Urteil ausgeglichen wird. Vergleichende Werbung und Warentest kontrollieren sich gegenseitig. Die Unternehmen erhalten nicht nur Vergleichsmaterial von den Warentestinstituten. Der Werbevergleich ist zugleich das beste Mittel, etwaige Unrichtigkeiten des Warentests aufzuhellen oder anzukündigen, daß der Unternehmer die in dem Warentest festgestellten Mängel inzwischen behoben hat.

Zu weit geht allerdings der Vorschlag des Bundeswirtschaftsministeriums [2], Werbevergleiche nur aufgrund neutraler Gutachten zuzulassen. Diese Forderung

---

1) MA 62, 291.

2) FAZ vom 28. 2. 62 (s. a. bei Völp GR 62, 185).

kann deshalb entfallen, weil die Wissenschaftler des Unternehmens die Gutachten selbst weit besser erstellen könnten als ein neutraler Gutachter; zum anderen werden den Vergleichen mit Sicherheit bei Qualitätsprüfungen verschiedener Waren gutachtliche Äußerungen vorausgehen, um eine unwahre Werbung zu vermeiden.

Die Gefahr eines unrichtigen Vergleichs in der Werbung ist schließlich vor allem deshalb gering einzuschätzen, weil die Unternehmer wissen, daß eine unrichtige Werbung auf die Dauer nur Nachteile mit sich bringt. Das wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum hat herausgearbeitet, daß ein Höchstmaß an Werbewirkung nur erreicht werden kann, wenn Vertrauen in dem Umworbenen erweckt wird, was von der Zuverlässigkeit und Richtigkeit der Werbung abhängt [1].

III. GEGENSTÄNDLICHKEIT UND SACHLICHKEIT

Bei einem Werbevergleich muß der Wettbewerber ferner die Grenzen der Gegenständlichkeit und Sachlichkeit wahren. Die Werbung darf nicht über den Gegenstand der Erörterung hinausgehen; zwischen Werbung und Werbegegenstand muß ein innerer sachlicher Zusammenhang bestehen [2]. Unzulässig sind zunächst alle Äußerungen, durch die zugleich die Person des Mitbewerbers abfällig beurteilt wird. Ebenso sind alle Hervorhebungen von Wareneigenschaften zu vermeiden, die für die Kaufentscheidung völlig nebensächlich sind; der Verbraucher ist nur an Merkmalen interessiert, die für eine vernünftige Auswahl wesentlich sind [3].

Bezog sich die Gegenständlichkeit des Vergleichs mehr auf den Umfang der Werbung, bestimmt das Gebot der Sachlichkeit die Form des Werbevergleichs. Der Vergleich muß würdig sein; er hat sich aller ehrverletzenden, gehässigen oder unnötig herabsetzenden Andeutungen zu enthalten. Der Vergleich darf kein gezieltes Mittel des Verdrangungskampfes sein [4]. Jede Werbung in tendenziöser Form, insbesondere durch Verzerrungen und Vergröberungen, hat zu unterbleiben.

---

1) Seyffert aaO S. 18; Gutenberg aaO S. 396; Wilhelm MA 64,413; vgl. ferner Pressenotiz der FAZ v. 9.10.63 zum Werbekongreß 1963 in München.

2) zum Begriff Gegenständlichkeit Droste GR 51,145; Brinkmann WRP 63, 293,294.

3) vgl. Völp GR 62,184; Spengler MA 62,291; Brinkmann WRP 63,293; s.a. den Vorschlag des Bundeswirtsch. Min., den Vergleich von wesentlichen Eigenschaften zuzulassen (FAZ 28.2.62).

4) Spengler MA 62,291.

Der kritisierte Mitbewerber soll möglichst nicht ausdrücklich genannt werden. Bei erkennbarer Bezugnahme wird der Verbraucher meist ausreichend informiert; nur wenn eine ausdrückliche Benennung des Wettbewerbers notwendig ist, um die Überschaubarkeit des Marktes herbeizuführen, ist diese statthaft.
Ein unsachlicher Vergleich liegt auch darin, daß eine nicht vorhandene Neutralität vorgetäuscht wird. Es kann erwartet werden, daß der Wettbewerber, der das Erzeugnis des Konkurrenten mit seiner eigenen Ware vergleicht, dem Publikum deutlich sagt, daß er in eigener Sache plädiert. Veröffentlichte Warentests, die den Anspruch auf Neutralitat erheben, während sie tatsächlich von einem Wettbewerber durchgeführt oder finanziert werden, sind somit auch dann unzulässig, wenn man von der Zulassigkeit der vergleichenden Werbung ausgeht [1].

IV. VOLLSTÄNDIGKEIT

Sowohl das Erfordernis der Wahrheit als auch das der Sachlichkeit des Vergleichs wird berührt, wenn die Frage der Vollständigkeit der vergleichenden Werbung angeschnitten wird [2]. In den vorangegangenen Ausführungen wurde schon ausgiebig auf die Frage eingegangen, ob ein Vergleich in der Werbung die Markttransparenz selbst dann fördert, wenn er unvollständig ist, ob dadurch nicht gerade der Verbraucher irregeführt werde, der die Unvollständigkeit nicht kenne.

Hier brauchen die früher erörterten Grundsätze daher nur kurz zusammengefaßt zu werden. So erstrebenswert ein vollständiger Vergleich im Allgemeininteresse wäre, so wenig ist Vollständigkeit von der Werbung zu erwarten [3]. Abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, mit Sicherheit zu einem vollständigen Vergleich zu gelangen, steht die Werbepraxis unter den Leitworten des Blickfangs und der Kürze. Eine erschöpfende Darstellung aller Vor- und Nachteile ist vor allem von dem Mitbewerber nicht zu erwarten. Welcher Wettbewerber gibt die Nachteile der eigenen Ware und die Vorzüge des Konkurrenzprodukts in der Werbung zu? Selbst wenn er zugleich damit auf die Vorteile der eigenen Ware und die Mängel des Erzeugnisses des Konkurrenten hinweist, ist er nie sicher, ob der Kunde eine andere Einstellung zu den erwähnten Vor- und Nachteilen hat.

Es ist überraschend, daß gerade Völp, der maßgebenden Anteil an den Bestrebungen in der neueren Zeit hat, den Werbevergleich zuzulassen, sich den Weg selbst versperrt, wenn er von der erschöpfenden Darstellung ausgeht [4]. Eine absolute

---

1) Spengler MA 62,291; Völp WRP 63,112.
2) Antoni BB 62,1174 sieht hierin ein Problem der Sachlichkeit; Völp GR 62, 184 ein solches der Wahrheit des Vergleichs.
3) vgl. auch BGH BB 57,595; 64,56 (Vollständigkeit nur bei Aufklärungspflicht).
4) Völp GR 62,184; WRP 65,126.

Vollständigkeit ist in der Praxis nicht durchführbar [1]. Der kritisierte Mitbewerber hat stets die Möglichkeit, den Vergleich zu ergänzen. Mit einem gleich wirksamen Werbemittel spricht er einen gleich großen Verbraucherkreis an. Die Identität der angesprochenen Verbraucher ist nicht entscheidend, da jeder Teil daraus Vorteile zieht, wenn dem Kunden nur die eigene Werbung ins Auge fällt.

Der Einwand fehlender Vollständigkeit, der gegen die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung erhoben wurde [2], ist aber insofern berechtigt, als er auf Mindestanforderungen hinweist, die an die Vollständigkeit des Vergleichs gestellt werden müssen.
Mit Recht wird ein Vergleich abgelehnt, der z.B. allein auf eine höhere Qualität hinweist, wenn der Kunde für die Ware einen entsprechend höheren Preis zahlen muß, ebenso unzulässig ist ein Preisvergleich, wenn dieser durch einen entsprechenden Qualitätsunterschied bedingt ist [3].

Diese beiden Beispiele zeigen, daß es unzulässig ist, einen besonderen Vorzug der Ware vergleichsweise hervorzuheben, wenn der Wettbewerber verpflichtet wäre, den Verbraucher über einen Nachteil, der mit dem Vorzug in engem Zusammenhang steht und für die Kaufentscheidung maßgeblich ist, aufzuklären. Selbst wenn man die subjektive Einstellung des Werbenden kennt und daher keine völlig neutrale Abwägung aller Vor- und Nachteile bei einem Werbevergleich erwartet, muß der Wettbewerber darauf bedacht sein, daß durch das Verschweigen von Mängeln der eigenen anempfohlenen Ware und von Vorteilen des Erzeugnisses des Mitbewerbers nicht ein den Tatbestand des § 3 UWG erfüllender Gesamteindruck entsteht. Diese Ansicht wurde vom BGH beim Systemvergleich vertreten [4]. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Grundsätze für den Vergleich zweier Systeme nicht auf den Vergleich zweier Waren oder Leistungen übertragen werden können. Zugleich wird hierdurch das Bedenken ausgeräumt, diese Mindestanforderungen in bezug auf die Vollständigkeit könnten von der Rechtsprechung nicht gewährleistet werden, da die Abgrenzung viel zu unbestimmt wäre, wann ein falscher Gesamteindruck der Werbung entsteht. Die bisherigen praktischen Erfahrungen in der Rechtsprechung seit Veröffentlichung des vorerwähnten BGH-Urteils haben erwiesen, daß sich diese Grenzen der Vollständigkeit bestimmen lassen [5]. Auch im Ausland ist die Rechtsprechung mit

---

1) Brinkmann WRP 63,293; Antoni BB 62,1174; vgl. auch Borck WRP 65,200.
2) Krieger BB 62,240; Völp GR 62,184; Spengler MA 62,292; Ulmer Wettb 62,51; Greifelt WRP 62,144.
3) vgl. Antoni BB 62,1174.
4) BGH GR 52,417; siehe auch Tetzner NJW 53,90; Arras NJW 54,1912.
5) auch bei der zulässigen Alleinstellungswerbung ist darauf zu achten, daß die hervorgehobenen Vorzüge nicht durch wesentliche Nachteile ausgeglichen werden; vgl. Spengler Betr 63,575; Cyrus GR 61,13.

Recht nicht von der absoluten Vollständigkeit ausgegangen, wie die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs in Österreich zeigt, der den Werbespruch "'Kleine Zeitung', billiger als die anderen" zu beurteilen hatte [1]. Das Gericht erlaubte diese Werbung, obwohl der Lesestoff geringer war.
Die Vollständigkeit des Werbevergleichs ist daher gewahrt, wenn die Eigenschaften, die für jeden Käufer bei der Kaufentscheidung maßgeblich sind, vollständig aufgezählt werden. Kleinere Mängel des eigenen oder Vorzüge des Konkurrenzproduktes dürfen unerwähnt bleiben. Ein unrichtiger Gesamteindruck entsteht nur, wenn Vorzüge des angegriffenen Erzeugnisses und Mängel der eigenen Ware verschwiegen werden, die für das Gesamtbild von maßgeblicher Bedeutung sind.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Vergleich in der Werbung nur wahre, nachprüfbare und wesentliche Tatsachenbehauptungen, die in sachlicher Form dargestellt werden, zum Inhalt haben darf. Eine absolute Vollständigkeit ist von der Werbung nicht zu erwarten. Solange nicht ein irreführender Gesamteindruck entsteht, braucht der Vergleich nicht alle Vor- und Nachteile der verglichenen Waren zu umfassen. Werden diese Einschränkungen beachtet, ist die vergleichende Werbung zur Aufklärung der Verbraucher zuzulassen.

1) Urteil v. 24.3.58, vgl. WRP 62,193.

N A C H W O R T

In der Zeitspanne zwischen dem Abschluß des ursprünglichen Manuskripts und der Drucklegung dieser Arbeit hat sich die Einstellung der Rechtsprechung und Rechtslehre zur vergleichenden Werbung gewandelt. Welche Folgerungen aus dieser Fortentwicklung der Rechtsprechung und der Rechtslehre zu ziehen sind, soll im folgenden abschließend dargestellt werden.

Der BGH hat zwar in allen in der Zwischenzeit ergangenen Entscheidungen am grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Werbung festgehalten. Deutlich ist aber zu erkennen, daß er sich den für den Werbevergleich sprechenden Argumenten nicht verschließen will [1]. Besonders hervorzuheben ist die in den neueren Entscheidungen immer wiederkehrende Generalklausel, der hinreichende Anlaß rechtfertige die vergleichende Werbung [2]. Dieser Hinweis auf die hinreichende Veranlassung ist nicht neu. Schon das RG begründete mit dieser Formel die Ausnahmerechtsprechung zum Abwehrvergleich, zum Vergleich auf Verlangen und zum notwendigen Vergleich und wies darauf hin, daß der Werbevergleich auch in anderen Fällen zulässig sein könnte diese drei Ausnahmen seien nur beispielhaft genannt [3].

Während die Rechtsprechung in den früheren Jahren aber diese Einschränkung nicht beachtet und keine weiteren Ausnahmetatbestände anerkannt hat, scheint der BGH jetzt für eine deutliche Lockerung eingetreten zu sein und den Begriff der hinreichenden Veranlassung über die bisherigen Ausnahmen hinaus weit auslegen zu wollen.

Dies zeigt vor allem die Entscheidung zur Richtpreiswerbung vom 10.6.1964 [4]. Der BGH rechtfertigte den Werbevergleich mit der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses; als schutzwürdiges Interesse gelte auch das Bedürfnis nach sachgemäßer Aufklarung über bestimmte, die Belange der Allgemeinheit berührende Einrichtungen des Wirtschaftsverkehrs. Auch hier bezog sich der BGH auf eine frühere Entscheidung [5], die beiläufig bei Wahrnehmung berechtigter Interessen die hinreichende Veranlassung zum Werbevergleich bejaht hatte. Es erscheint aber sehr zweifelhaft, ob der BGH in dieser früheren Entscheidung zu einem Zeitpunkt, als der Meinungsstreit gerade erst einsetzte, ohne jede Veranlassung

---

1) vgl. Völp WRP 65, 127.

2) BGH NJW 61,1918; GR 64,34; NJW 66,49; OLG Düsseldorf GR 64,37; BB 64,447.

3) vgl. RGZ 143,365; RG GR 44,154.

4) BGH NJW 64,2251; bestätigt in NJW 66,978.

5) BGH NJW 61,1918; vgl. o. D. V 2b und die bestätigte Auslegung, die Schwamberger BB 61,1222 zu Recht erkannte.

im konkreten Fall das grundsatzliche Vergleichsverbot schon auflockern wollte [1].

In der Entscheidung zur Richtpreiswerbung ist besonders bemerkenswert, daß der BGH entschieden für die bessere Aufklarung der Verbraucher eintritt. Im Interesse der Allgemeinheit laßt er es sogar zu, daß die Irreführung einzelner um des höheren Zieles einer allgemeinen Aufklarung über Wesen und Bedeutung der unverbindlichen Preisempfehlung willen in Kauf genommen wird.
Auf eine andere Entscheidung des BGH [2] ist in gleichem Zusammenhang ebenfalls hinzuweisen. Der BGH anerkannte, daß der Werbende nicht nur berechtigt sein durfe, auf den technischen Fortschritt aufmerksam zu machen. Der wirtschaftliche Fortschritt sei im Aufklärungsinteresse dem technischen Fortschritt gleichzusetzen, wie es im Rahmen dieser Arbeit stets befürwortet wurde.

Von diesen Aussagen des BGH ist es nur noch ein kleiner Schritt, die vergleichende Werbung zuzulassen, soweit sie der Aufklärung der Verbraucher dient. Da dies aber gerade das Ziel jeder zulässigen, d.h. einer wahren, sachlichen und vollständigen vergleichenden Werbung im Sinne der früheren Ausführungen ist, führt die konsequente Fortentwicklung der Rechtsprechung zur Anerkennung der zulässigen vergleichenden Werbung.
Dabei spielt keine entscheidende Rolle, ob die Rechtsprechung den Grundsatz des Vergleichsverbots aufgibt oder das grundsätzliche Verbot aufrechterhält und den Vergleich ausnahmsweise rechtfertigt, soweit er dem Aufklärungsbedürfnis der Allgemeinheit entspricht. Der praktische Unterschied beider Wege ist allein die veranderte Verteilung der Beweislast [3]. Aber auch in dieser Hinsicht gleichen sich die Ansichten an, da zahlreiche Befürworter des Werbevergleichs die Meinung vertreten, wegen der erheblichen Einwirkung auf den Mitbewerber sei eine Umkehrung der Beweislast geboten [4]. Aber selbst wenn man nicht soweit gehen will, wird eine Annäherung schon durch die oft zu bejahende prozessuale Vorleistungspflicht des Werbenden, der über Tatsachen, die in seiner Unternehmenssphäre liegen, die notwendige Aufklärung zu geben hat, herbeigeführt [5].

Bedeutsamer erscheint mir, daß die bewußt weitgefaßte Formulierung der Ausnahmen die Rechtssicherheit in hohem Maße erschüttern könnte. Der Begriff der hinreichenden Veranlassung ist ebenso wie der Rechtfertigungsgrund der Wahr-

---

1) vgl. o. D V 2 b; aA Völp WRP 65,127, der in dieser Entscheidung schon den Wendepunkt der Rechtsprechung sieht.
2) GR 65,309.
3) B.-Hefermehl § 1 UWG Anm. 30.
4) vgl. Rinck BB 62,106; Völp GR 62,184; v. Lesigang WRP 62,293; Prößdorf WRP 63,10 Anm. 17; Troller Wettb 62,15.
5) vgl. Brinkmann WRP 63,294.

nehmung berechtigter Interessen so unbestimmt, daß eine vorhersehbare Entscheidung nicht mehr gewährleistet ist. Der BGH wäre daher besser beraten, seine bisherige Rechtsprechung ausdrücklich aufzugeben statt seinen Auffassungswandel durch die Bezugnahme auf beiläufige Aussagen in früheren Entscheidungen zu verdecken.
Der entscheidende Gesichtspunkt ist jedoch, daß der BGH zumindest über eine Ausnahmerechtsprechung grundsätzlich bereit zu sein scheint, das Ziel der Befürworter der vergleichenden Werbung, bessere Markttransparenz durch Aufklärung der Verbraucher zu gewinnen, anzuerkennen.
Es bleibt zu hoffen, daß der BGH aufgrund seiner positiven Einstellung zur Markttransparenz ausdrücklich die Folgerung zieht, der Werbevergleich sei im Interesse der Verbraucher zuzulassen. Damit würde das Gericht seinen Meinungswandel, der schon in einzelnen Aussagen der letzten Entscheidungen anklingt, auch nach außen deutlich zu erkennen geben und der Wirtschaft ein klares Urteil ermöglichen, ob sie sich in ihrer Werbung des Vergleichs bedienen kann, ohne sich der Gefahr wettbewerbsrechtlicher Auseinandersetzungen auszusetzen.

Dieser erkennbare Auffassungswandel der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung hat auch zu einer Annäherung der Standpunkte und zu einem vorläufigen Stillstand des Meinungsstreits in der Rechtslehre geführt. Es liegt daher nahe, die gewonnenen Gemeinsamkeiten kurz hervorzuheben [1].
Eine erste Annäherung beider Meinungen liegt zunächst in der Erkenntnis, daß die Grenzen der vergleichenden Werbung früher zu weit gezogen worden sind. Vor allem wird aus dem Urteil zur Richtpreiswerbung übereinstimmend gefolgert, die erkennbare Bezugnahme sei allzu leicht bejaht worden [2]. Schon aus diesen Gründen sei eine Werbung oft zu Unrecht als unzulässiger Werbevergleich gewertet worden.
Darüber hinaus wird allgemein der bewußt weiten Ausnahme der Rechtsprechung, der Vergleich sei bei hinreichendem Anlaß zulässig, zugestimmt. Wenn auch die Meinungen über den Umfang dieses Ausnahmetatbestandes noch auseinandergehen [3], zeigt sich in der Rechtslehre in zunehmendem Maße die Tendenz, den Vergleich innerhalb bestimmter Grenzen zuzulassen.
Dieser Auffassungswandel ist besonders bei Hefermehl [4] zu bemerken, der das grundsätzliche Verbot der vergleichenden Werbung für fragwürdig erklärt. Aus der Sicht des Leistungswettbewerbs könne die Bezugnahme selbst bei einer Herabsetzung der Leistung des Mitbewerbers zuzulassen sein; insbesondere müsse

---

1) vgl. hierzu Borck WRP 65,200; Giefers WRP 64,291; Spengler WRP 65, 122; Völp WRP 65,128.
2) Spengler WRP 65,25; Borck WRP 65,200; Illert aaO S. 58.
3) vgl. das Streitgespräch zwischen Spengler und Völp WRP 65,121.
4) B.-Hefermehl, 9. Aufl. § 1 UWG Anm. 30,37,51,211,212.

jeder werbemäßig notwendige Vergleich zulässig sein.
Diese Entwicklung wird auch von Borck [1] unterstützt, der bei der Werbung mit den Ergebnissen von Warentests die hinreichende Veranlassung für den Vergleich mit erkennbaren Mitbewerbern anerkennt [2] und sogar den von Rinck [3] vorgeschlagenen Datenvergleich befürwortet.
Überblickt man diese Einschränkungen des Verbots der vergleichenden Werbung, wird offenkundig, daß dogmatische Gründe allein die Rechtsprechung und die Gegner der vergleichenden Werbung hindern, ihre frühere Meinung aufzugeben. Sie halten am Verbot des Werbevergleichs zwar fest, lassen von diesem Grundsatz aber in solchem Umfange Ausnahmen zu, daß das Regel-Ausnahmeverhältnis sehr fragwürdig geworden ist. Die Meinungsunterschiede haben sich insoweit angeglichen, daß bei konsequenter Fortentwicklung der Rechtsprechung bei einem wahren, sachlichen, gegenständlichen und vollständigen Vergleich stets ein hinreichender Anlaß zur vergleichenden Werbung gegeben sein müßte, sei es unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen, des werbemäßig notwendigen Vergleichs oder des Datenvergleichs.

---

1) WRP 65,203,204.

2) vgl. auch die Begründung des wirtschaftspolitischen Ausschusses, mit dem der Gesetzentwurf, die vergleichende Werbung mit Warentestergebnissen zu erlauben, abgelehnt wurde; BB 65,600.

3) BB 62,106.

L E B E N S L A U F

Am 16. September 1938 wurde ich als Sohn des Brauereidirektors Dr. Ernst Gödde und seiner Ehefrau Liesel geb. Jörgens in Dortmund geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Dortmund von Herbst 1945 bis März 1949 wurde ich Schüler des Stadtgymnasiums zu Dortmund. Am 6. März 1958 legte ich an dem neusprachlichen Zweig dieses Gymnasiums meine Reifeprüfung ab.
Meine Studienzeit verbrachte ich als Student der Rechte und der Staatswissenschaften an den Universitäten München, Bonn und Münster, und zwar vom Sommersemester 1958 bis zum Wintersemester 1958/1959 in München, vom Sommersemester 1959 bis zum Wintersemester 1959/1960 in Bonn und vom Sommersemester 1960 bis zum Sommersemester 1962 in Münster. Die betriebswirtschaftlichen Studien setzte ich in den späteren Semestern nicht mehr fort. Am 30. August 1962 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Den Vorbereitungsdienst begann ich am 15.10.1962 im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm.